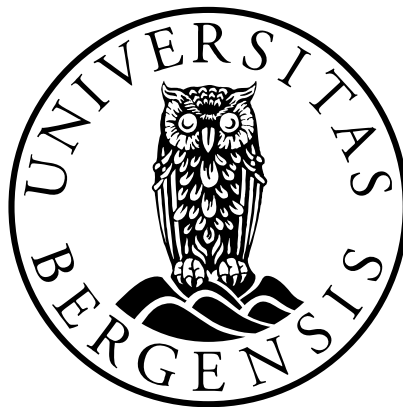


Kravet til manglende samtykkekompetanse for etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern

Kandidatnummer: 149

Antall ord: 14 920



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

8. juni 2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	4
1.2 Hensyn av særlig interesse på helserettens område	6
1.2.1 Innledning.....	6
1.2.2 Selvbestemmelsesrett og medvirkning	6
1.2.3 Legalitetsprinsippet	7
1.2.4 Omsorgs- og forsvarlighetsprinsippet	8
1.2.5 Hensynet til pasientens pårørende og andre berørte.....	9
1.3 Menneskerettslige skranker vedrørende behandling uten samtykke	9
1.3.1 Innledning.....	9
1.3.2 EMK	10
1.3.3 ØSK.....	12
1.3.4 CRPD	13
2 Rettskilder og metode.....	15
3 Vilkår for vedtakelse av tvungent psykisk helsevern	17
3.1 Innledning	17
3.2 «[A]lvorlig sinnslidelse»	18
3.3 Krav om forbedring eller forverring	19
3.4 Farevilkåret	21
3.5 Helhetsvurdering	22
3.6 Lovendringen i 2017.....	23
3.7 Kravet til at pasienten «mangler samtykkekompetanse», jf. phvl. § 3-3 første ledd nr. 4, jf. pbrl. § 4-3 andre ledd	24
3.7.1 Kravet til at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pbrl. § 4-3	24
3.7.2 Nærmere om betydningen av sykdomsinnsikt for vurderingen av samtykkekompetanse	29
3.7.3 Nærmere om betydningen av behandlingsinnsikt for at pasienten skal være samtykkekompetent.....	32
3.7.4 Nærmere om åpenbart	36
3.7.5 Forholdet mellom «alvorlig sinnslidelse» og «mangler samtykkekompetanse»	40

4	Avsluttende bemerkninger	43
	Litteraturliste	46

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Psykisk helsevernloven¹ (heretter phvl.) regulerer alle former for undersøkelser, behandling, pleie og omsorg av mennesker på grunn av psykisk lidelse utført av spesialisthelsetjenesten, jf. § 1-2 første ledd første punktum.

Temaet for oppgaven er vedtakelse om etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern, med fokus på vilkåret om manglende samtykkekompetanse, jf. phvl. § 3-3 første ledd nr. 4, jf. pasient- og brukerrettighetsloven² (heretter pbrl.) § 4-3 andre ledd. Tvungent psykisk helsevern er et unntak fra utgangspunktet om at helsehjelp bare kan gis med pasientens samtykke, jf. pbrl. § 4-1. Vedtakelse av tvungent psykisk helsevern fattes derfor i tilfeller hvor pasienten ikke samtykker til behandlingen frivillig. En rekke vilkår må være oppfylt, hvor samtykkekompetanse er ett.

Tvang er svært inngripende for den enkelte borger å bli utsatt for, ettersom det krenker den enkeltes grunnleggende og rettsbeskyttende friheter.³ En så alvorlig inngripen i borgerens rettsstilling vil alltid være relevant og viktig for den enkelte borger. Til tross for at de fleste innleggelser på psykiatrisk sykehus er på bakgrunn av frivillighet, er det fortsatt mange som blir innlagt mot sin vilje med hjemmel i lov.⁴ I 2018 ble 5700 pasienter tvangsinnlagt til sammen 8100 ganger.⁵ I følge Helsedirektoratets aktivitetsdata er det ingen større endringer i antall tvangsinnleggelser i perioden 2014-2019, med unntak av en liten nedgang siste del av 2017.⁶ Tallene gir inntrykk av at vilkårene for tvangsinnleggelse fortsatt er av interesse og særlig i sammenheng med lovendringen som hadde som formål å redusere bruken av tvang.⁷ Det faktum at antall tvangsinnleggelser ikke er redusert siden lovendringen i 2017 gir en særlig oppfordring til å vurdere hvorvidt bestemmelsen tjener formålet og bidrar til å ivareta pasientenes selvbestemmelsesrett. Vilkåret om samtykkekompetanse er også vagt og

¹ Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

² Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

³ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 461.

⁴ Aslak Syse, «Tvang og frivillighet» i *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.), Gyldendal 2016, s. 201-227, på s. 210.

⁵ Helsedirektoratet, *Bruken av tvang i psykisk helsevern er ikke vesentlig redusert*, 28. februar.

⁶ Helsedirektoratet, *Bruken av tvang i psykisk helsevern er ikke vesentlig redusert*, 28. februar.

⁷ Se Ot.prp. 12 (1998-1999) og NOU 2011: 9.

skjønnsmessig utformet, og vurderingen kan derfor oppfattes som svært vanskelig for helsepersonell og i verste fall vilkårlig for pasienter og pårørende. Helsepersonell og fagmiljøets behov for en klargjøring av hvordan vurderingen av samtykkekompetanse skal foretas er kommet til uttrykk i en etterspørsel og gjennomføring av et rundskriv utsendt av Helsedirektoratet.⁸ Det kan derfor synes en usikkerhet i fagmiljøet om hvordan kravet til samtykkekompetanse skal tolkes.

Oppgaven vil ta for seg hva som ligger i kravet til at pasienten «mangler samtykkekompetanse» etter phvl. § 3-3 nr. 4 første ledd, som viser til pbrl. § 4-3. Det er § 4-3 andre ledd som er aktuelt, nærmere bestemt formuleringen «åpenbart ikke i stand til å forstå hva samtykket omfatter på grunn av (...) psykiske forstyrrelser». Det følger også av pbrl. § 4-3 andre ledd at samtykkekompetansen kan falle bort på grunn av «senil demens» og «psykisk utviklingshemming». Det er imidlertid tvil om «senil demens» og «psykisk utviklingshemming» dekkes av «alvorlig sinnslidelse» etter phvl. § 3-3.⁹ I denne oppgaven vil ikke dette bli satt på spissen, ettersom hovedtyngden vil være på kravet til manglende samtykkekompetanse. Kravet til «mangle[nde] samtykkekompetanse», jf. phvl. § 3-3 nr. 4, for etablering av psykisk helsevern ble vedtatt ved lovendring i 2017. Videre vil det stilles spørsmål ved om lovendringen, og overgangen fra en diagnosemodell til en kompetansem modell, har ført til en endring i den enkelte pasient rettsstilling i form av større grad av rettssikkerhet. Dette vil jeg diskutere ved å utpensle kravet til manglende samtykkekompetanse ved bruk av forarbeid, rettspraksis, lovformål, rundskriv og teori, i tillegg til å se kravet til manglende samtykkekompetanse i lys av de øvrige vilkårene for etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern. Rettskildene jeg skal bruke i oppgaven vil bli nærmere diskutert i metodekapittelet. Jeg vil drøfte hvorvidt lovendringen har ført til en endring i pasienters rettsstilling, hvor formålet var å fremme fokuset på pasientens selvbestemmelsesrett.¹⁰ Analysen vil se kravet til pasientenes selvbestemmelsesrett i sammenheng med kravet til forsvarlig behandling. Oppgaven vil derfor i det følgende ta for seg hva som ligger i kravet til manglende samtykkekompetanse og hvordan dette skal forstås, og om lovendringen har gitt pasientene større grad av selvbestemmelse, og dermed ført til en reell endring i rettstilstanden. Først vil jeg se på hvilke hensyn som er av særlig interesse på helserettens område.

⁸ IS-1/2017.

⁹ NOU 2011:9 s. 185.

¹⁰ NOU 2011:9 s. 3.

1.2 Hensyn av særlig interesse på helserettens område

1.2.1 Innledning

På helserettens område er det flere prinsipper av grunnleggende karakter, deriblant hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett, forsvarlighetsprinsippet og omsorgsprinsippet.¹¹ Disse prinsippene har kommet til uttrykk både direkte gjennom lovteksten og i vurdering av lovbestemmelser¹², eksempelvis i pbrl. § 4-1 første ledd hvor hovedregelen om samtykke fastslås og det statueres at «helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke, med mindre det foreligger lovhjemmel eller annet gyldig rettsgrunnlag for å gi helsehjelp uten samtykke». Kravet til samtykkekompetanse verner om pasientens selvbestemmelsesrett. Hensynene innenfor velferdsretten er delt inn i tre ulike overordnede hensyn: «dekning av nødvendige livsbehov, beskyttelse av «svake grupper» og samfunnsvern».¹³ For vurderingen av etablering av samtykkekompetanse vil disse også være av betydning.

1.2.2 Selvbestemmelsesrett og medvirkning

Utgangspunktet og hovedregel for all helsehjelp er at pasienten må samtykke, jf. pbrl. § 4-1. Dette bygger tydelig på hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett i spørsmål om egen helse. Det er pasienten selv som i utgangspunktet har rett til å ta beslutninger angående egen helse og behandling. Hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett fremgår psykisk helsevernlovens formålsbestemmelse som fastslår at helsehjelpen «så langt som mulig [skal] være i overensstemmelse med (...) pasientens selvbestemmelsesrett», jf. phvl. § 1-1 andre ledd. Det følger av pbrl. § 3-1 første ledd første punktum at pasient eller bruker «har rett til å medvirke ved gjennomføring av helse- og omsorgstjenesten». Brukermedvirkning handler om rett til å uttale seg og bli hørt i beslutningsprosesser der den endelige beslutningen treffes av andre og om muligheten for å påvirke innholdet i behandlingen eller omsorgen. Dette er også et viktig prinsipp i behandling og oppfølging av personer med alvorlig psykiske lidelser, ettersom dette kan bidra til å øke pasientens inntrykk av kontroll over egen behandling og

¹¹ Anne Kjersti Befring, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm 2017, s. 55.

¹² Anne Kjersti Befring, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm 2017, s. 55.

¹³ Aslak Syse, Bjørn K. Straume og Dag Skogheim, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete: rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*, 1. utg., Ad Notam Gyldendal 1995 s. 410.

helse.¹⁴ Medvirknings- eller medbestemmelsesretten går imidlertid ikke så langt at den går på bekostning av kravet til faglig forsvarlighet, som følger av helsepersonelloven¹⁵ § 4.¹⁶ Bestemmelsen fastlegger at helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med kravene til forsvarlighet og omsorgsfullhjelp etter helsepersonellets kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig. Forsvarlighetsprinsippet har som formål å beskytte pasienter mot uforsvarlig organisering, handlinger og unnlatelse av handlinger.¹⁷ Sett i lys av psykisk helsevern vil særlig sistnevnte være av betydning, ettersom det i vurderingen av om psykisk helsevern skal etableres vil være en vurdering av behovet for behandling og pasientens helse og velferd på den ene siden og pasientens selvbestemmelsesrett på den andre.

1.2.3 Legalitetsprinsippet

Grunnloven § 113 krever at «[m]yndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov». Legalitetsprinsippet har som formål å verne om inngrep i individets grunnleggende friheter, ved å kreve at bare avgjørelser med hjemmel i klare lovbestemmelser kan innskrenke individets personlige frihet.¹⁸ Legalitetsprinsippet vil også sette skranker for muligheten til å foreta utvidende tolkninger av tvangsbestemmelser.¹⁹ På helserettens område har legalitetsprinsippet som formål å sikre respekt for brukerens verdighet og selvbestemmelsesrett.²⁰ For etablering og gjennomføring av psykisk helsevern vil legalitetsprinsippet kreve hjemmel i lov. I tillegg vil legalitetsprinsippet påvirke lovtolkningen, og den vil påvirke bruken av forarbeid, rettspraksis og reelle hensyn. De nevnte rettskildene kan presisere tolkningen, men legalitetsprinsippet krever at det er ordlyden som skal være den tyngste tolkningsfaktoren.²¹ Dette er av betydning ved utpensling av hva som ligger i kravet til manglende samtykkekompetanse og da kravet til at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pasient og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd.

¹⁴ IS-1/2017 s. 23.

¹⁵ Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.

¹⁶ IS-1/2017 s. 23.

¹⁷ Anne Kjersti Befring, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm 2017, s. 141.

¹⁸ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 461.

¹⁹ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 94.

²⁰ Anne Kjersti Befring, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm 2017, s. 56.

²¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 1. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 55.

1.2.4 Omsorgs- og forsvarlighetsprinsippet

I tillegg til at helsepersonell må respektere den enkeltes rett til selvbestemmelse og medvirkning, er helsepersonell også pliktig å gi pasienten faglig forsvarlig og omsorgsfull hjelp ved behandling.²² Omsorgs- og forsvarlighetsprinsippet er med andre ord et annet viktig prinsipp på helserettens område. Prinsippet har som formål å sikre at pasienter skal bli ivaretatt av helsepersonell når pasienten selv ikke er i stand til det.²³ På området for psykisk helsevern kan dette ses i sammenheng med bestemmelsene som gjør unntak fra samtykkebestemmelsene. Forsvarlighet er fastslått som et formål ved loven i phvl. § 1-1 første ledd første punktum hvor det fremgår at lovens formål er å «sikre at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte».

Begrepet paternalisme er en forlengelse av omsorgsprinsippet og forsvarlighetsprinsippet. Begrepet bygger i stor grad på en ide om at folk ikke alltid forstår sitt eget beste og trenger hjelp til å ivareta egne interesser, og at disse vurderingene derfor må tas av helsepersonell.²⁴ Begrepet kommer fra det latinske ordet pater som betyr far, og kan gi assosiasjoner til faren som familiens overhode som tar avgjørelser på de øvrige familiemedlemmenes vegne i tro om at det er til deres beste.²⁵ Etter et paternalistisk syn vil det være nødvendig for samfunnet og pasienten selv med regler som har som formål å verne pasienten enten mot seg selv eller mot andre. Tvang i omsorgstjenesten og ved utøvelse av helsehjelp er et klart utslag av tankegangen om at folk ikke alltid vet sitt beste, og at det dermed er nødvendig at helsepersonell tar den avgjørelsen for vedkommende.²⁶ Dette står i motsetning til hensynet til pasientens selvbestemmelse. Dersom inngrepet har som formål å beskytte vedkommende mot seg selv kalles det individuell paternalisme.²⁷ Hvis inngrepet derimot har som formål å beskytte andre kalles det sosial paternalisme.²⁸ I denne oppgaven vil individuell paternalisme være særlig aktuelt, ettersom kravet til samtykkekompetanse ikke gjelder dersom pasienten er en fare for seg selv eller andre, jf. phvl. § 3-3 nr. 4 andre ledd.

²² Helsepersonelloven § 4 første ledd.

²³ Anne Kjersti Befring, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm 2017, 53.

²⁴ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 29.

²⁵ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 456.

²⁶ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 29-30.

²⁷ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 461.

²⁸ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 461.

1.2.5 Hensynet til pasientens pårørende og andre berørte

I tillegg til hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett, som er styrket etter lovendringen i 2017, kan også hensynet til pasientens pårørende være av betydning. Dette blir diskutert i forarbeidene.²⁹ Det vises i denne sammenheng til høringsinstanser som mener at færre tvangsinnleggelser, og særlig i tilfeller hvor helsepersonell er i tvil, kan få alvorlige konsekvenser for pasientens pårørende. Dette kommer av at det i mange tilfeller er pasientens pårørende som får omsorgsansvaret for pasienten dersom vedkommende ikke mottar hjelp fra helse- og omsorgstjenesten. Konsekvensene av at færre kan underlegges tvungent vern eller tvangsbehandling uttales i rundskrivet fra 2017³⁰ å kunne føre til en økende belastningen for pasientens pårørende.³¹ Hensynet til pasientens pårørende og andre berørte er i motsetning til de tidligere nevnte hensynene, ikke fastslått direkte i lovens formålsbestemmelse. Hensynet til pasientens pårørende er imidlertid tatt med i phvl. § 3-5 om hva tvungen observasjon og tvungent psykisk helsevern kan omfatte, jf. phvl. § 3-5 tredje ledd andre punktum.

1.3 Menneskerettslige skranker vedrørende behandling uten samtykke

1.3.1 Innledning

Staten er pliktig til å respektere og sikre menneskerettighetene, både de som er nedfelt i Grunnloven og de traktatene Norge har bundet seg til, jf. Grl. § 92. Ved vedtakelsen av Grl. § 92 ble menneskerettighetenes stilling i norsk rett styrket. Dette delkapittelet skal ta for seg hvilke skranker menneskerettslige konvensjoner og Grunnloven setter for behandling uten samtykke. Fremstillingen vil være oversiktpreget, med formål om å gi en ramme til vurderingen av samtykkekompetanse ved å belyse kravet fra et menneskerettslig perspektiv. For å undersøke hvilke skranker menneskerettighetene setter for behandling uten samtykke vil jeg ta for meg Den europeiske menneskerettskonvensjonen fra 1950 (heretter EMK), FNs konvensjon om økonomiske, sosial og kulturelle rettigheter (heretter ØSK) og FNs konvensjon om rettigheter for mennesker med nedsatt funksjonsevne (heretter CRPD).

²⁹ Prop. 147 L (2015-2016) s. 24.

³⁰ IS-1/2017.

³¹ IS-1/2017 s. 23.

Grunnloven ivaretar også rettigheter som kan være aktuelt for vurderingen av menneskerettslige skranker vedrørende behandling uten samtykke, og disse vil behandles sammen med EMK ettersom det gjelder de samme rettighetene og frihetene. Ved tolkning av konvensjonsbestemmelsene og de nye grunnlovsbestemmelsene skal tas det utgangspunkt i den naturlige forståelsen av teksten.³² Jeg vil også se hen til EMD-praksis.

1.3.2 EMK

EMK gjelder som norsk lov, jf. menneskerettsloven³³ (heretter mrl.). § 2 nr. 1. Staten er forpliktet til å sikre og respektere de rettigheter og friheter som fremgår av konvensjonen, jf. EMK artikkel 1. Flere av bestemmelsene er relevante for gjennomføring av helse- og omsorgstjenester og bruken av tvangstiltak i psykisk helsevern. Blant disse rettighetene og frihetene er artikkel 3 og Grunnloven § 93 om tortur og umenneskelig behandling, artikkel 5 og Grunnloven § 94 om frihetsberøvelse og artikkel 8 og Grunnloven § 102 om respekt for privat- og familielivets fred. I dette delkapittelet skal jeg undersøke om artikkel 3, artikkel 5 og artikkel 8 i EMK setter noen skranker for etablering av tvungent psykisk helsevernet, og særlig vedrørende kravet til manglende samtykkekompetanse.

Artikkel 3 fastslår at «no one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment». Denne retten er også vernet av Grunnloven § 93 som fastslår at «[i]ngen må utsettes for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff». Grunnlovsbestemmelsen skal tolkes i lys av praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD).³⁴ I EMD-praksis er artikkel 3 brukt for å fastlegge et minstekrav til behandlingen innenfor psykisk helsevern.³⁵ I Herczegfalvy mot Østerrike³⁶ var spørsmålet om behandlingen av en sinnslidende pasient som ble tvangsmedisinert og tvangsforet var i strid med EMK artikkel 3. EMD uttalte at det er medisinsk helsepersonell som må vurdere, i tråd med anerkjente medisinske prinsipper, om tvangstiltaket er nødvendig for å ivareta den fysiske og mentale helsen til pasienten som er

³² Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Fagbokforlaget 2015, s. 36.

³³ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

³⁴ Dok. Nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 90.

³⁵ Asbjørn Kjønsdal, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg., Gyldendal 2017, s. 466.

³⁶ *Herczegfalvy mot Østerrike* [J], no. 10533/83 [1992].

«entirely incapable of deciding for themselves».³⁷ Artikkel 3 tillater altså tvangsbruk av psykisk syke pasienter dersom vedkommende selv ikke er i stand til å bestemme selv.

I *M.S. mot Kroatia* som gjaldt beltelegging av en pasient på psykiatrisk sykehus tok EMD stilling til om tvangstiltaket var i tråd med EMK artikkel 3. EMD trekker frem sårbarheten til psykisk syke pasienter som i tidligere rettspraksis er tillagt vekt.³⁸ I avsnitt 98 understreker EMD at det er medisinsk helsepersonell som må vurdere, i tråd med anerkjente medisinske prinsipper, om tvangstiltaket er nødvendig for å ivareta den fysiske og mentale helsen til pasienten som er «entirely incapable of deciding for themselves».³⁹ EMD kom til at tvangsinngrepet stred med artikkel 3. I denne saken viser EMD en større vilje til å overprøve de medisinske vurderingene tatt av helsepersonell.⁴⁰

I følge artikkel 5 har “[E]veryone (...) the right to liberty and security of person”. Retten til personlig frihet og sikkerhet utelukker imidlertid ikke at staten kan gjøre inngrep i denne retten. Det følger av bestemmelsens andre ledd at staten kan berøve den enkeltes frihet dersom det er «prescribed by law» og det gjelder «detention of a person of unsound mind», jf. EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav e. EMK artikkel 5 som skal ivareta enkeltmenneskets frihet og personlig sikkerhet, åpner med andre ord opp for frihetsberøvelse for mennesker med sinnslidelse dersom inngrepet er «prescribed by law».

Det følger av artikkel 8 at “[E]veryone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence”. Staten kan gjøre inngrep i retten til privatlivet, familielivet, hjemmet og korrespondansen til vedkommende dersom det er “in accordance with the law”, “necessary in a democratic society” og “in the interests of public safety, (...) prevention of disorder or crime [or] for the protection of health”, jf. EMK artikkel 8 nr. 2. For at et inngrep skal være “necessary in a democratic society” følger det av blant annet en dom avsagt fra EMD at «necessary» ikke er like strengt som «indispensable» men mer enn «appropriate».⁴¹ Formuleringen «necessary» kan derfor sies å ligge et sted mellom uomgjengelig og ønskelig eller nyttig.⁴²

³⁷ *Herczegfalvy mot Østerrike* [J], no. 10533/83 [1992], avsnitt 82.

³⁸ *M.S. mot Kroatia* (No. 2) [J], no. 75450/12 [2015], avsnitt 96.

³⁹ *M.S. mot Kroatia* (No. 2) [J], no. 75450/12 [2015], avsnitt 98.

⁴⁰ Bjørn Henning Østenstad, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk» i *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), Fagbokforlaget 2018, s. 11-34, på s. 19.

⁴¹ *Handyside mot Storbritannia* [J], no. 5493/72 [1976], avsnitt 48-49.

⁴² Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Fagbokforlaget 2015, s. 156.

Ved tolkning og anvendelse av konvensjonens bestemmelser har medlemslandene en viss skjønnsmargin, som innebærer at EMD har en variert prøvingsintensitet.⁴³ Dette tolkningsprinsippet er utviklet av EMD gjennom praksis.⁴⁴ Statens skjønnsmargin gir staten et visst rom for å utøve politisk skjønn og til å selv foreta en vurdering uten at EMD skal overprøve myndighetenes vurdering i detalj, så lenge de nasjonale myndighetene holder seg til kriteriene om hjemmel i lov, legitimt formål og forholdsmessighet mellom hensynet til individets og samfunnets interesser.⁴⁵ Det vil si at til tross for at artikkel 3, artikkel 5 og artikkel 8 verner om rettigheter som kan kollidere med etablering av tvungent psykisk helsevern, vil staten kunne gjøre inngrep i disse dersom inngrepet oppfyller kravene til hjemmel i lov, legitimt formål og forholdsmessig. Dette betyr imidlertid ikke at staten kan se bort ifra de plikter og rettigheter artiklene i EMK pålegger staten og gir borgerne, men det gir staten en mulighet til å foreta prioriteringer. Hvor vid statenes skjønnsmargin er vil imidlertid avhenge av hva slags rettighet det er tale om, tyngden av inngrepet og om begrunnelsen for inngrepet er rimelig og grundig nok.⁴⁶

1.3.3 ØSK

ØSK er en internasjonal konvensjon som har som formål å ivareta enhvers rett til økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter. Staten er forpliktet av ØSK, jf. menneskerettsloven §§ 2 (2) og 3. I følge artikkel 12 første ledd har enhver rett til «den høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk». Denne rettigheten pålegger staten en plikt til å sørge for adekvat og forsvarlig behandling til alle behandlingsgrupper, ettersom helsehjelpen skal ha «den høyest oppnåelige helsestandard». En «høyest oppnåelig helsestandard» tilsier at pasienten har krav på den best mulig oppnåelige medisinskfaglige behandlingen. Kravet til manglende samtykkekompetanse styrker fokuset på pasientens selvbestemmelsesrett, og gir dermed pasienten mulighet til å nekte helsehjelp. Å legge avgjørende vekt på kravet om samtykkekompetanse kan derfor muligens undergrave retten til den «høyest oppnåelige helsestandard både fysisk og psykisk» for alle pasientgrupper. Selv om ØSK artikkel 12 ikke kan sies å sette en skranke for kravet til manglende samtykkekompetanse gir det uttrykk for

⁴³ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Fagbokforlaget 2015, s. 115.

⁴⁴ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Fagbokforlaget 2015, s. 115.

⁴⁵ Norges institusjon for menneskerettigheter, *Den europeiske menneskerettsdomstolen*, <https://www.nhri.no/menneskerettighetene/den-europeiske-menneskerettsdomstolen/> (lest 03.03.2020).

⁴⁶ Norges institusjon for menneskerettigheter, *Den europeiske menneskerettsdomstolen*, <https://www.nhri.no/menneskerettighetene/den-europeiske-menneskerettsdomstolen/> (lest 29.04.2020).

en vektlegging av hensynet til forsvarlig behandling i form av sikre at pasientens helsehjelp holder best mulig helsestandard.

1.3.4 CRPD

CRPD ble vedtatt i 2006, og ratifisert av Norge i 2013.⁴⁷ Konvensjonen er ikke inntatt i norsk lovgivning, men Norge er folkerettslig forpliktet til å overholde konvensjonens bestemmelser. Artikkel 14 nr. 1 b fastslår at “the existence of a disability shall in no case justify deprivation of liberty”. Ordlyden tilsier at begrunnelsen for bruk av tvang ikke kan være at pasienten har en «disability». Ordlyden «disability» sier ingenting om hvilken type funksjonsnedsettelse pasienten må ha. Det fremgår imidlertid av konvensjonens formålsbestemmelse at «disability» gjelder både fysiske, mentale, intellektuelle og sensoriske funksjonsnedsettelse som hindrer pasienten i å delta fullt ut i samfunnet, jf. CRPD artikkel 1 andre ledd. Det kan på bakgrunn av dette spørres om artikkel 14 av CRPD hindrer tvangsbruk overfor pasienter med psykiske lidelser slik psykisk helsevernloven kapittel 3 åpner for, dersom en rekke vilkåret er oppfylt.

Ved ratifiseringsprosessen av konvensjonen ble det i forarbeidene vurdert om det var samsvar mellom norsk rett og artikkel 14 i konvensjonen.⁴⁸ Det gis uttrykk for at artikkel 14 ikke er i strid med konvensjonen ettersom det «ikke er funksjonsevnen i seg selv som er avgjørende for om tvangstiltak kan benyttes etter norsk rett».⁴⁹ Norge inntar en erklæring ved ratifiseringen av konvensjonen, hvor det klargjøres at Norge forstår ordlyden i artikkel 14 i den forstand at den ikke er i strid med tvangsbestemmelsene etter norsk rett. Staten er under den oppfatning at konvensjonen ikke hindrer bruk av tvangstiltak ved omsorg og behandling av psykisk syke dersom «omstendighetene gjør slik behandling nødvendig som en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettssikkerhetsgarantier».⁵⁰ Høyesterett vurderte i HR-2016-1286 om CRPD og artikkel 14 utelukket bruk av tvangsinnleggelse og tvangsmedisinering av psykisk syke.⁵¹ Høyesterett kom til CRPD ikke hindrer bruk av tvang som del av behandling og omsorg av

⁴⁷ Asbjørn Kjønsstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 473.

⁴⁸ Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, s. 16.

⁴⁹ Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, s. 16.

⁵⁰ Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, s. 17.

⁵¹ HR-2016-1286-A avsnitt 29-30.

psykisk psyke. Høyesterett uttaler at rekkevidden av artikkelen er usikker, og viste til erklæringen Norge har inntatt ved ratifiseringen av CRPD-konvensjonen.⁵²

Det er fortsatt en pågående debatt om hvorvidt tvangsbestemmelsene strider med CRPD.⁵³ Også i NOU 2011:9 var det uenigheter blant utvalget om hvorvidt CRPD stenger for all form for tvungen omsorg og behandling i alle situasjoner.⁵⁴ Høyesterett kom ikke til at CRPD stenger for bruk av tvang dersom behandlingen på grunn av omstendighetene er en siste utvei, og behandlingen er undergitt rettssikkerhetsgarantier.

⁵² HR-2016-1286-A avsnitt 30.

⁵³ Aslak Syse, «Store endringer i psykisk helsevernloven» *Tidsskrift for psykisk helsearbeid*, 15 (2018) nr. 02-03 s. 236-243, på s. 238.

⁵⁴ Asbjørn Kjønstad, Aslak Syse og Morten Kjelland, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017, s. 473.

2 Rettskilder og metode

I oppgaven vil jeg ta utgangspunkt i alminnelig norsk juridisk metode. Det vil si at jeg skal ta utgangspunkt i lovens ordlyd, forarbeider og høyesterettspraksis for å utpense kravet til manglende samtykkekompetanse for etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern. Psykisk helsevernloven inneholder en formålsparagraf som lovfester formålet ved loven. Formålene som fremgår av phvl. § 1-1 nyter demokratisk legitimitet fra Grunnloven § 76 fgl. Det vil si at formålene om å «forbygge og begrense bruk av tvang», forsvarlighet og selvbestemmelsesrett er av betydning ved behandling av kravet til manglende samtykkekompetanse, jf. phvl. § 1-1 første ledd andre punktum.

Det er foreløpig bare avsagt én høyesterettsdom vedrørende kravet til manglende samtykkekompetanse. Høyesterett nyter autoritet fra Grunnloven og dømmer i siste instans, jf. Grunnloven § 88. HR-2018-2204-A vil derfor stå sentralt i analysen. Høyesterett går inn på hva som ligger i kravet til samtykkekompetanse basert på lovteksten og de øvrige foreliggende rettskildene. Høyesterett bruker rundskriv fra Helsedirektoratet, særlig et fra 2017⁵⁵ som en retningslinje for hva som ligger i kravet til at pasienten må ha manglende samtykkekompetanse.

Ettersom det bare er avsagt én høyesterettsdom vedørende kravet om manglende samtykkekompetanse for etablering av tvungent psykisk helsevern, vil det være aktuelt å se hen til underrettspraksis, særlig lagmannsrettspraksis, for å utlede hva som ligger i samtykkekompetanse. Underrettspraksis har i motsetning til Høyesterett ikke rettsnormerende kraft og nyter heller ikke lik autoritet. Dette kommer blant annet av at tingretten og lagmannsretten ikke har mulighet til å avgjøre det endelige utfallet i saken ettersom Høyesterett kan sette til side underinstansens avgjørelser.⁵⁶ Selv om rettskildevekten til underrettspraksis er begrenset, kan de brukes som illustrasjon av hvilke problemstillinger som kan oppstå i vurderingen av kravet til manglende samtykkekompetanse og hvordan retten argumenterer. Jeg vil derfor i denne oppgaven bruke lagmannsrettsdommer som illustrasjon i vurderingen av hvordan samtykkekravet skal forstås. Særlig er LG-2018-35336 interessant ettersom den etter mine undersøkelser er den eneste saken hvor retten konkluderte med at

⁵⁵ IS-1/2017.

⁵⁶ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004, s. 210.

pasienten var samtykkekompetent. Lagmannsretten anser saken som et tvilstilfelle og går derfor inn på en grundig vurdering av pasientens forståelsesevne.

I tillegg til underrettspraksis vil jeg i avhandlingen også belyse kravet til samtykkekompetanse ved å vise til en uttalelse fra Sivilombudsmannen. Uttalelser og vedtak fattet av forvaltningen har ingen selvstendig vekt ettersom forvaltningen ikke har kompetanse til å avgjøre hva som er gjeldende rett med bindende virkning.⁵⁷ Uttalelsene og vedtakene er imidlertid uttalt og vedtatt av kyndige mennesker med faglig kompetanse på rettsområdet. Ettersom vi her er på området for legalitetsprinsippet kan forvaltningspraksis utelukkende brukes for utledning av rettsregelen i samsvar med lovteksten, det vil si som grunnlag for presiserende eller innskrenkende tolkning.⁵⁸ Jeg vil derfor bruke vedtaket fattet av Sivilombudsmannen som illustrasjon for å vise hvordan en viktig del av forvaltningen forstår og tolker kravet til manglende samtykkekompetanse på bakgrunn av foreliggende og tyngre rettskilder som forarbeid og høyesterettspraksis. På etterspørsel fra fagmiljøet har Helsedirektoratet utskrevet flere rundskriv. Disse har i likhet med uttalelser fra Sivilombudsmannen ikke selvstendig vekt, men de gir uttrykk for hvordan styresmaktene forstår kravet. Jeg vil i størst grad bruke de momenter og uttalelser Høyesterett har trukket frem fra rundskrivet, ettersom disse nyter autoritet og legitimitet fra Grl. § 88 flg.

⁵⁷ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 1. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 233.

⁵⁸ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 1. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 206.

3 Vilkår for vedtakelse av tvungent psykisk helsevern

3.1 Innledning

Oppgaven skal som nevnt drøfte innholdet av vilkåret om «mangle[nde] samtykkekompetanse», jf. phvl. § 3-3 nr. 4 første punktum ved etablering av tvungent psykisk helsevern. For å få en helhetlig forståelse av hvordan systemet fungerer, vil de øvrige vilkårene for å etablere tvungent psykisk helsevern gjennomgås kortfattet. Ettersom vilkårene er kumulative må alle vilkårene være oppfylt for at det skal kunne etableres tvungent psykisk helsevern. Med tvungent psykisk helsevern menes undersøkelser, behandling, pleie og omsorg til mennesker på grunn av psykisk lidelse uten at det er gitt samtykke etter bestemmelsene i pbrl. kapittel 4, jf. phvl. § 1-2 tredje ledd. Ettersom tvungent psykisk helsevern defineres av at pasienten ikke har gitt samtykke, er dette et unntak fra hovedregelen ved utøvelse av helse og omsorgstjenester, jf. pbrl. § 4-1.

Inngangsvilkåret for å etablere tvungent psykisk helsevern er at frivillig psykisk helsevern må ha vært forsøkt, uten at det har ført fram eller at det åpenbart er formålsløst å forsøke det, jf. phvl. § 3-3 nr.1. Videre må pasienten ha vært undersøkt av to leger, jf. phvl. § 3-3 nr. 2. Det betyr at det er helsepersonell som skal foreta vurderingen av om pasienten har samtykkekompetanse. I den videre fremstillingen skal jeg gjennomgå vilkårene om at pasienten må ha en «alvorlig sinnslidelse» og at etablering av tvungent psykisk helsevern må være nødvendig for at vedkommende enten (a) «får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert» eller «det er stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret». Tvungent psykisk helsevern kan også etableres dersom pasienten (b) utgjør en «nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse». Videre følger det av phvl. § 3-3 siste ledd at til tross for at de øvrige vilkårene er oppfylt kan «tvungent psykisk helsevern bare finne sted hvor det etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for vedkommende». Ettersom kravet til samtykkekompetanse bare er ett av flere vilkår for å underlegges tvungent psykisk helsevern, er det av interesse å se på de øvrige vilkårene for å få en forståelse av hva som ligger i kravet til manglende samtykkekompetanse og hvorvidt dette er i stand til å ivareta pasientens

rettssikkerhet. Det er også en klar sammenheng mellom vilkårene ettersom de er kumulative og avhengige av hverandre.

I dette kapittelet skal jeg ta for meg hvilke vilkår som må være oppfylt for at noen kan underlegges tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3. Dette vil jeg gjøre ved å gå gjennom hvert vilkår separat. Deretter vil jeg ta for meg vilkåret som utgjør hovedvekten av oppgaven, altså kravet til at pasienten må mangle samtykkekompetanse.

3.2 «[A]lvorlig sinnslidelse»

Det første materielle vilkåret er at pasienten må ha «en alvorlig sinnslidelse», jf. phvl. § 3-3 nr. 3 første ledd. En språklig forståelse av «alvorlig sinnslidelse» indikerer en avgrensning mot mildere psykiske lidelser ettersom «alvorlig» indikerer en alvorlighetsgrad. Ut fra ordlyden stilles det derfor en høy terskel for å etablere og gjennomføre tvungent psykisk helsevern. Det følger av forarbeider til psykisk helsevernloven⁵⁹ at «alvorlig sinnslidelse» er et rettslig begrep, og ikke et medisinsk.⁶⁰ Det vil si at begrepet ikke retter seg mot en spesifikk psykiatrisk diagnose.⁶¹ Forarbeidene uttaler at begrepet «alvorlig sinnslidelse» er tett tilknyttet psykoselidelsene, men at det ikke er den spesifikke diagnosen som er avgjørende. Forarbeidene diskuterer også hvilke grensetilfeller som kan falle inn under begrepet alvorlig sinnslidelse. Det gis i den forbindelse anvisning på en helhetsvurdering som skal ta utgangspunkt i sykdomstilstanden og de utslagene den gir.⁶² Karakteravvik, som for eksempel psykopati, gis som et eksempel på en sinnslidelse som i utgangspunktet ikke faller inn under begrepet alvorlig sinnslidelse. Det uttales imidlertid at karakteravvik kan falle inn under begrepet dersom det er tale om store karakteravvik som medfører tap av mestrings- og realitetsvurderingsevnen.⁶³ Denne uttalelsen fra forarbeidene gir uttrykk for at det avgjørende for om pasienten har en «alvorlig sinnslidelse» etter phvl. § 3-3 nr. 3 første ledd er om tilstanden påvirker pasientens mestrings- og realitetsvurderingsevne. Dette vilkåret har dermed nær sammenheng med kravet om samtykkekompetanse, noe jeg vil gå grundigere inn på i kapittel 3.7.5.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999).

⁶⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 154.

⁶¹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 154.

⁶² Ot.prp. nr. 11 s. 154-155.

⁶³ Ot.prp. nr. 11 s. 155.

I Rt. 2015 s. 913 kom spørsmålet om grensedragningen av begrepet «alvorlig sinnslidelse» på spissen. Høyesterett vurderte hvorvidt en kvinne diagnostisert med anoreksi kunne bli skrevet ut av tvungent psykisk helsevern. Høyesterett måtte i denne sammenheng ta stilling til om anoreksi var å anse for en «alvorlig sinnslidelse» etter phvl. § 3-3 nr. 3 første punktum, og kom til et bekreftende svar. Høyesterett uttalte i denne sammenheng at ordlyden «alvorlig sinnslidelse» er relativt åpen, men at den i utgangspunktet er ment å omfatte psykoser og lignende tilstander og viser til Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 76 flg.⁶⁴ Høyesterett uttaler at hvorvidt en pasient med spiseforstyrrelse kan regnes for å ha en alvorlig sinnslidelse må vurderes etter en totalvurdering av konkrete omstendigheter hvor pasienten anses å ha en tilstand som kan likestilles med en psykose.⁶⁵ I vurderingen av om pasientens anoreksi kan likestilles med psykose er det sentrale for Høyesterett om pasienten innehar en evne til å foreta en realistisk vurdering av egen helse og situasjon. I dette tilfellet innebar dette en vurdering av personens syn på «egen kropps utseende, vekt og fungering og av de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn hun trenger».⁶⁶

Kjernen i vilkåret «alvorlig sinnslidelse» kan etter de gjennomgående rettskildene sies å være hvorvidt diagnosen fører til en virkelighetsforstyrrelse som kan likestilles med psykose, og dermed påvirker pasientens evne til å treffe forsvarlige beslutninger om egen helse og behandling. Rekkevidden og forståelsen av grunnvilkåret «alvorlig sinnslidelse» er relevant i en utpensling og undersøkelse av kravet til manglende samtykkekompetanse ettersom det i vurderingen av hvorvidt pasienten «er i stand til å forstå hva samtykket omfatter» er av betydning om personen er sterkt påvirket av den psykiske lidelsen.⁶⁷

3.3 Krav om forbedring eller forverring

Videre må pasienten for å kunne undergis tvungent psykisk helsevern «få sine utsikter til helbredelse eller vesentlig bedring betydelig redusert dersom psykisk helsevern ikke etableres eller gjennomføres» eller det må være «stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret», jf. phvl. § 3-3 punkt 3 bokstav a. Dette gjelder ikke dersom farevilkåret er oppfylt, det vil si dersom pasienten er en «nærliggende og alvorlig

⁶⁴ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 28.

⁶⁵ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 41.

⁶⁶ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 42.

⁶⁷ IS-1/2017 s. 15.

fare for eget eller andres liv eller helse», jf. phvl. § 3-3 nr. 4 andre ledd. Bestemmelsen stiller altså opp to alternative vilkår, enten må det tvungne psykiske helsevernet være nødvendig for at pasienten skal bli bedre eller for å forhindre at pasientens tilstand skal bli verre i meget nær fremtid.

Ordlyden «får sin utsikt til helbredelse eller vesentlig bedring i betydelig grad redusert» tilsier at pasienten er avhengig av at tvungent psykisk helsevern gjennomføres av hensyn til sin helsesituasjon, og det oppstilles en høy terskel til dette både gjennom «helbredelse», «vesentlig bedring» og «betydelig grad redusert», jf. phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav a. Denne høye terskelen bekreftes av lovforarbeidene Ot.prp. nr. 11 (1998-1999), som foreslo innføringen av «stor sannsynlighet» og «meget nær framtid» for å markere at det skal mye til for å oppfylle dette alternativet.

Vilkåret om at det for pasienten må være «stor sannsynlighet for at vedkommende i meget nær framtid får sin tilstand vesentlig forverret» tilsier at det tvungne helsevernet må være av stor betydning for pasientens helsetilstand, og at det vil ha store konsekvenser for pasientens helse dersom behandling nektes. Ordlyden oppstiller en høy terskel både etter «stor sannsynlighet», «meget nær framtid» og «vesentlig forverret». I forarbeidene⁶⁸ uttales det at forverringsalternativet særlig vil kunne være aktuelt i tilfeller hvor pasienten på grunn av behandling er kommet opp på sitt optimale nivå, men man frykter et nokså umiddelbart tilbakefall dersom det tvungne psykiske helsevernet opphører.⁶⁹ Videre uttales det at det kreves mer enn vanlig sannsynlighetsovervekt for at faren for vesentlig forverring i meget nær framtid skal skje.⁷⁰

Hva som ligger i kravet til at faren for forverring må aktualisere seg i «meget nær framtid», jf. phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b, ble behandlet i Rt. 2014 s. 801 hvor Høyesterett fastslår at dersom forverringen skjer etter tre til fire måneder etter vedtak om utskriving av tvungent psykisk helsevern er fattet, må dette anses å ligge innenfor kravet om «i meget nær framtid». Dommen var enstemmig vedtatt og har i ettertid hatt stor betydning for forståelsen av «i meget nær framtid» ettersom den setter tre til fire måneder som tidsfrist. Høyesterett åpner imidlertid for at fristen kan forlenges i spesielle tilfeller, men at utgangspunktet ved vrangforestillinger er at disse må realisere seg i løpet av tre til fire måneder etter utskriving. Tidshorisonten på tre til

⁶⁸ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999).

⁶⁹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 155.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 155.

fire måneder ble bekreftet i HR-2016-1286-A, og dette ble lagt til grunn for både førstegenerasjon og andregenerasjons antipsykotika. Høyesterett likestiller dermed førstegenerasjons og andregenerasjons antipsykotika, ettersom forskjellen på virkningstiden ikke er så stor eller entydig.⁷¹

3.4 Farevilkåret

Dersom pasienten «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse», jf. phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b kan det etableres tvungent psykisk helsevern til tross for at behandlingsvilkåret ikke er oppfylt og til tross for at pasienten har samtykkekompetanse. Det vil si at kravet til at pasienten må mangle samtykkekompetanse ikke gjelder dersom pasienten utgjør en nærliggende og alvorlig fare for eget eller andres liv eller helse. Ordlyden av «nærliggende og alvorlig fare» tilsier at faren må ha konkrete konsekvenser som vil aktualisere seg i nær framtid. Videre deles farevilkåret i to, og kan anvendes dersom pasienten utgjør fare for eget liv eller helse eller for andres liv eller helse. I Ot.prp. nr. 11 uttales det at faren både kan gjelde fysisk og psykisk helse. Dersom det er tale om fysisk skade må dette være en legemskrenkelse som overstiger det bagatellmessige.⁷² Ved alvorlig fare for «eget liv eller helse» uten psykisk helsevern siktes det til fare for selvmord og selvskading, men også faren for at pasienten «forkommer eller lider overlast» på en måte slik at det er nærliggende og alvorlig fare for pasientens eget liv eller helse.⁷³ Tidligere har det innenfor psykisk helsevern vært et alternativ at pasienten kan tvangsinnlegges dersom det er nødvendig for at han ikke skal lide overlast.⁷⁴ Selv om overlast ikke lenger er et kriterium, følger det av forarbeidene⁷⁵ at pasienter som lider av overlast kan underlegges tvungent psykisk helsevern etter farevilkåret i phvl. § 3-3 nr. 3 bokstav b. Forarbeidene viser i forståelsen av overlast til Høyesteretts tolkning av det tidligere vilkåret og legger til grunn at det må være tale om «belastninger av kvalifisert art og at den syke forkommer enten fysisk eller psykisk».⁷⁶

Faren må være «nærliggende», noe som tilsier at den må aktualisere seg i relativt nær framtid. I Rt. 2001 s. 1487 oppstiller Høyesterett et spørsmål om det ligger et tidsperspektiv i kravet

⁷¹ HR-2016.1286-A avsnitt 41.

⁷² Ot.prp. nr. 11 (1998-1999).

⁷³ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 78.

⁷⁴ Lov 28. april nr. 2 om psykisk helsevern av 1961 (opphevet).

⁷⁵ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 79.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 79.

om at faren skal være nærliggende. Høyesteretts flertall besvarer spørsmålet negativt og sier seg enig i lagmannsrettens lovforståelse som legger til grunn at det avgjørende er om faren er reell og kvalifisert på avgjørelsestidspunktet.⁷⁷ Høyesterett legger derfor til grunn at «nærliggende» ikke krever en klart begrenset tidshorisont.⁷⁸

3.5 Helhetsvurdering

Til slutt i punkt syv fremgår det at til tross for at de øvrige vilkårene er oppfylt kan tvungen psykisk helsevern bare gjennomføres dersom det «etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsning for vedkommende». Dette gjelder ikke dersom han eller hun «utgjør en nærliggende og alvorlig fare for andres liv eller helse», jf. pbrl. § 3-3 nr. 7 første punktum. Dette betyr at dersom farevilkåret er oppfylt gjelder ikke phvl. § 3-3 nr. 7, og det skal derfor ikke foretas en helhetsvurdering av om tvungent psykisk helsevern fremstår som «den klart beste løsning for vedkommende». Ordlyden av «etter en helhetsvurdering framtrer som den klart beste løsningen for vedkommende» tilsier at det skal foretas en konkret vurdering, og formuleringen «klart beste» tilsier at det skal en del til. Videre følger det av lovteksten at det i vurderingen skal legges særlig vekt på «hvor stor belastning det tvangsmessige inngrepet vil medføre for vedkommende». Etter ordlyden legges det opp til en konkret vurdering og avveining av nytten og belastningen inngrepet vil ha for den enkelte. I Rt. 2001 s. 752 kom Høyesterett til at psykisk helsevern ikke var til det beste for pasienten etter en skjønnsmessig helhetsvurdering, som førte til at pasienten ble utskrevet. Høyesterett understreker at vurderingen i utgangspunktet må være objektiv og at det må legges særlig vekt på belastningen ved inngrepet, og viser til Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) side 80 som uttaler at denne helhetlige rimelighetsvurderingen særlig vil være av stor betydning for forverringsalternativet. Høyesterett vektlegger at vedkommende har vært innlagt ved psykiatrisk institusjon med tvungen medisinerings sammenhengende i over ti år og at det derfor skal mye til for at han ikke selv skal få prøve hvordan tilværelsen er utenfor institusjonen.⁷⁹ Høyesterett vektlegger i denne helhetsvurderingen pasientens mulighet til selv å få oppleve tilværelsen uten tvungen medisinerings, og på den måten muligheten til selvbestemmelse. Dette tilsier at pasientens behandlingshistorikk er relevant, og vurderingen

⁷⁷ Rt. 2001 s. 1481 s. 1487.

⁷⁸ Rt. 2001 s. 1481 s. 1487.

⁷⁹ Rt. 2001 s. 752 s. 759.

illustrerer en avveining av hvilke konsekvenser det vil ha for pasienten å fortsette og hva som vil være den beste løsningen for pasienten. Dommen illustrerer hvilke momenter som kan vektlegges i helhetsvurderingen, som i dette tilfellet er lang historikk med tvangsmedisinering.

Ettersom denne oppgaven vil fokusere på kravet til samtykkekompetanse jf. pbrl. § 4-3 vil det ikke bli gått i detalj når det gjelder de øvrige vilkårene utover det som har blitt gjort ovenfor. Jeg vil imidlertid gjøre en sammenligning av vilkåret om «mangle[nde] samtykkekompetanse» og «alvorlig sinnslidelse», ettersom kravet om «alvorlig sinnslidelse» er et materielt vilkår som også gjaldt før lovendringen, for å undersøke konsekvensene av innføringen av kravet om samtykkekompetanse. Vilåret om «alvorlig sinnslidelse» vil bli behandlet mer i detalj i den forbindelse.

3.6 Lovendringen i 2017

Frem til lovendringen i 2017, var det tilstrekkelig at pasienten hadde en «alvorlig sinnslidelse» og det ble ikke satt noen krav til pasientenes beslutningsevne eller mulighet til å motta informasjon. Ved lovendringen ble det tatt inn et vilkår om at pasienten i tillegg «mangler samtykkekompetanse», og lovgiver henviste videre til samtykkebestemmelsen i pbrl. § 4-3. En annen lovendring var at det ble tilført ett nytt formål i loven: «Det er et formål med reglene å forebygge og begrense bruk av tvang», jf. psykisk helsevernloven § 1-1. Endringene i formålsbestemmelsen og tilføringen av kravet om samtykkekompetanse må ses i sammenheng med de nevnte kravene etter CRPD-konvensjonen. Den største endringen ved lovendringen som trådte i kraft 01.09.2017 var innføringen av kravet til samtykkekompetanse, og ved denne endringen gikk man fra en diagnosebasert modell til en kompetansemodell.⁸⁰ Regelen om etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern før lovendringen ble ansett å følge en diagnosebasert modell ettersom det materielle inngangsvilkåret var «alvorlig sinnslidelse», og det ikke var lagt opp til en vurdering av pasientens funksjonsnivå. Hovedforskjellen mellom en diagnosebasert modell og en kompetansebasert modell er å flytte fokuset fra diagnose til funksjonsnivå⁸¹, og dette gjøres ved å innføre et krav om at pasienten ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter.

⁸⁰ Prop. 147 L (2015-2016) s. 24.

⁸¹ Prop. 147 L (2015-2016) s. 24.

3.7 Kravet til at pasienten «mangler samtykkekompetanse», jf. phvl. § 3-3 første ledd nr. 4, jf. pbrl. § 4-3 andre ledd

3.7.1 Kravet til at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pbrl. § 4-3

Oppgaven har som hovedmål å utlede hva som ligger i kravet til at pasienten må «mangle[...] samtykkekompetanse», jf. phvl. § 3-3 første ledd nr. 4, for å kunne underlegges tvungent psykisk helsevern etter phvl. § 3-3. For at pasienten skal mangle samtykkekompetanse etter phvl. § 3-3 første ledd nr. 4, kreves det at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pbrl. § 4-3 andre ledd. Samtykkekompetansen kan «bortfalle helt eller delvis», jf. pbrl. § 4-3 andre ledd. Bestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven gjelder samtykkekompetanse for alle pasienter i helse- og omsorgstjenesten jf. pbrl. § 1-1 første ledd. Etter lovendringen i 2017 gjelder også kravet etter pbrl. § 4-3 for etablering og gjennomføring av psykisk helsevern. Dette kapittelet skal utpensle kravet til at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pbrl. § 4-3 andre ledd. Nekting av helsehjelp er det som kommer på spissen i dette kapittelet ettersom samtykkekompetansen knytter seg til etablering og gjennomføring av tvungent psykisk helsevern.

Ordlyden av «åpenbart ikke i stand til å forstå hva samtykket omfatter» legger opp til et krav om at pasienten må mangle en bevissthet og forståelse av hva samtykket omfatter. Ordlyden av «åpenbart» oppstiller en høy terskel, ettersom ordlyden gir anvisning på at det kreves noe mer enn at det er sannsynlig at pasienten ikke evner å forstå hva samtykket omfatter. Etter ordlyden må pasienten altså mangle en bevissthet og forståelse av innholdet i helsehjelpen pasienten ønsker å samtykke til eller motsette seg, og dette må fremstå som mer enn klart for helsepersonellet.

Samtykkekompetansen kan «bortfalle helt eller delvis», jf. pbrl. § 4-3 annet ledd. Ordlyden tilsier at det er en konkret vurdering som må foretas for hvert tiltak som vedkommende ønsker å samtykke til eller motsette seg. Forarbeidene til pasient og brukerrettighetsloven⁸² støtter

⁸² Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

denne forståelsen av ordlyden og uttaler at ordlyden legger opp til at vurderingen av samtykkekompetansen må gjøres for hvert område. Det er altså ikke slik at dersom pasienten mister samtykkekompetanse på ett område at vedkommende automatisk mister kompetanse til å samtykke til andre typer inngrep eller tiltak.⁸³ Det kan for eksempel tenkes at det er noen deler av helsetilstanden pasienten har bedre forutsetninger for å ivareta enn andre, og som det er lettere for pasienten å forstå. Samtykkekompetansen vil kunne variere i ulike situasjoner og avhengig av hva tiltaket gjelder.⁸⁴ Jo mer alvorlig inngrepet er for pasienten, jo strengere krav må det stilles til kravet til manglende samtykkekompetanse. Eksempelvis kan det tenkes at det vil måtte stilles strengere krav til nekting av helsehjelp dersom medisinene vil gi pasienten store bivirkninger enn hvis ikke dette er tilfellet. Tilsvarende vil det også i vurderingen av samtykkekompetanse kunne tas hensyn til om nekting av helsehjelpen vil føre til alvorlige konsekvenser for pasienten. Det faktum at samtykkekompetansen ikke bortfaller automatisk på alle områder, men må vurderes konkret for hvert tilfelle, signaliserer viktigheten av pasientens selvbestemmelsesrett og gir uttrykk for at samtykkekompetansen ikke er statisk.

Kravet til manglende samtykkekompetanse må også ses i sammenheng med pasientens rett til informasjon, fastslått i pbrl. § 3-2. Det følger også av pasient- og brukerrettighetsloven at for at samtykket skal være gyldig må «pasienten ha [fått] nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen», jf. pbrl. § 4-1 første ledd andre punktum. Kravet til at pasienten må ha fått nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innhold i helsehjelpen legger et ansvar hos helsepersonell, og er en forutsetning for at pasienten skal kunne forstå hva samtykket omfatter. Det settes også krav til at informasjonen pasienten mottar «skal være tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger, som alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn», jf. pbrl. § 3-5. For at pasienten skal forstå helsehjelpens begrunnelse og konsekvens av å godta eller nekte behandling, må pasienten altså ha fått informasjon som vedkommende har forutsetninger for å forstå. Det vil si at det må tas hensyn til at pasienten har en psykisk lidelse. For at pasientens samtykke skal være gyldig må altså pasienten ha mottatt «nødvendig informasjon om sin helsetilstand og innholdet i helsehjelpen» etter pbrl. § 3-2 første ledd første punktum og den må være gitt på en måte som er individuelt tilpasset pasienten, jf. pbrl. § 3-5 første ledd første punktum. I tillegg skal helsepersonell «så langt som mulig sikre at mottakeren har forstått innholdet og betydningen av informasjonen», jf. pbrl. § 3-5 andre ledd. Dette sier både noe om hva et gyldig samtykke må inneholde, og dermed hva

⁸³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) s. 84.

⁸⁴ NOU 2011:9 s. 24.

som ligger i å være samtykkekompetent. Pasienten må ha fått innsikt i egen helsetilstand og fått informasjon om innholdet i helsehjelpen.

Vurderingen av om pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter» etter pbrl. § 4-3 andre ledd, må ifølge forarbeidene til pasient- og brukerrettighetsloven⁸⁵ ta utgangspunkt i tiltakets art og nærmere implikasjoner. Videre fremgår det av disse forarbeidene at dersom helsepersonell er i tvil skal pasienten anses som samtykkekompetent.⁸⁶ Tiltakets art tilsier at det er av betydning hvilken type helsehjelp vedkommende samtykker til eller motsetter seg. Hvilke implikasjoner helsehjelpen har retter seg mot hvilke konsekvenser det vil ha å samtykke eller nekte helsehjelpen.

Hva som ligger i kravet til at pasienten «åpenbart ikke [er] i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pbrl. § 4-3 er også utdypet i forarbeidene⁸⁷ til endringen av psykisk helsevernloven § 3-3. Forarbeidene⁸⁸ viser til rundskriv fra Helsedirektoratet (IS-8/2015 – Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer) for hvilke momenter som er relevante for vurderingen av om pasienten har samtykkekompetanse. Dette rundskrivet ble opprinnelig gitt for å presisere vurderingen av samtykkekompetanse i det somatiske helsevesenet, men er vist til i Prop. 147 L (2015-2016). De samme vurderingsmomentene er også tatt inn i rundskriv for vurderingen av samtykkekompetanse for psykisk helsevern IS-1/2017 [IS-2017-1], som Høyesterett refererer til i HR-2018-2204-A. Rundskrivene er gitt fordi det i fagmiljøet er etterspurt en klargjøring av hvordan kravet til samtykkekompetanse skal tolkes.

Momentene som listes opp er følgende:

- evnen til å uttrykke et valg
- evnen til å forstå informasjon som er relevant for beslutningen om helsehjelp
- evnen til å anerkjenne informasjon i sin egen situasjon, spesielt i forhold til egen lidelse og mulige konsekvenser av de ulike behandlingsalternativene
- evnen til å resonnerer med relevant informasjon i en avveining av de ulike behandlingsalternativene

⁸⁵ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999).

⁸⁶ Ot.prp. nr. 12 (1998-99) s. 133.

⁸⁷ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet).

⁸⁸ Prop. 147 L (2015-2016) Endringer i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet).

Disse momentene gir en anvisning på hva som er relevant å ta i betraktning ved vurderingen av om en person «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter» etter pbrl. § 4-3 andre ledd. Momentene understreker viktigheten av å forstå, anerkjenne og resonnere ut fra informasjon og sammenfaller dermed med det som kan leses ut av ordlyden, altså at pasienten må ha en bevissthet om hva behandlingen gjelder. Momentene utdyper hva det vil si å «forstå» hva samtykket omfatter. Disse momentene blir også nevnt av Høyesterett i HR-2018-2204-A. Denne saken gjaldt hvorvidt en pasient, som hadde vært underlagt tvungent psykisk helsevern i snart syv år grunnet en shizoaffektiv lidelse kunne utskrives av tvungent psykisk helsevern.⁸⁹ Høyesterett kom til at pasienten ikke hadde samtykkekompetanse. I vurderingen av hva som kreves av forståelsesevne for at pasienten kan sies å være «i stand til å forstå hva samtykket omfatter» viser Høyesterett til proposisjonen til lovendringen av psykisk helsevernloven i 2017⁹⁰ og trekker frem de allerede nevnte momentene fra rundskrivet IS-9/2012 og IS-1/2017.

Når det gjelder den rettskildemessige vekten av rundskrivet omtaler Høyesterett momentene som retningslinjer for å avgjøre om en person er samtykkekompetent.⁹¹ Høyesterett omtaler det også som en veiledning. Dette kan gi uttrykk for at Høyesterett ikke anser momentene som rettslig bindende, men heller som en rettesnor. Dette er også forenelig med rettskildenes legitimeringsgrunnlag. Hensynet til ivaretagelsen av forutberegnelighet er et legitimeringsgrunnlag for bruk av andre myndigheters praksis som argumenter i rettslig argumentasjon.⁹² Til tross for at uttalelser eller vedtak fattet av forvaltningen ikke har selvstendig vekt, grunnet forvaltningens manglende kompetanse til å avgjøre gjeldende rett med bindende virkning, tilsier ikke dette at argumentene ikke kan ha vekt i rettslig argumentasjon.⁹³ Høyesterett bruker rundskrivet for å utpensle hva som ligger i kravet til forståelsesevne, ettersom Prop. 147 ikke inneholder mer enn generelle kommentarer om kravet til samtykkekompetanse for etablering av tvungent psykisk helsevern.⁹⁴ Høyesterett trekker frem uttalelser og momenter fra Rundskrivet, og deretter i avsnitt 57 flg. trekker Høyesterett ut det de mener er mest relevant for å utpensle innholdet av kravet til

⁸⁹ HR-2018-2204-A avsnitt 2.

⁹⁰ Prop. 147 L (2015-2016).

⁹¹ HR-2018-2204-A avsnitt 45.

⁹² Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1. utg., Cappelen Damm 2012, s. 39.

⁹³ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 1. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 233.

⁹⁴ HR-2018-2204-A avsnitt 46.

samtykkekompetansen generelt. Disse momentene får dermed tilsvarende rettskildemessig vekt som høyesterettsavgjørelser, som nyter autoritet fra Grunnloven § 88.

Høyesterett behandlet videre hvor stor grad av forståelsesevne som kreves av pasienten for at vedkommende kan sies å «forstå hva samtykket omfatter», og trekker frem uttalelser fra IS-1/2017. Høyesterett trekker blant annet frem at pasienten kan være samtykkekompetent til tross for en redusert evne til å forstå hva helsehjelpen omfatter.⁹⁵ Videre følger det av Høyesterett at det kreves et visst nivå av konsekvensinnsikt for å være samtykkekompetent og at vedkommende forstår nødvendigheten av helsehjelpen. Høyesterett uttaler videre at det avgjørende for om pasienten har samtykkekompetanse er om pasienten har «evne til å treffe et behandlingsvalg basert på noenlunde realistiske forutsetninger».⁹⁶

Høyesterett trekker ut av de generelle anvisningene fra forarbeid, tidligere rettspraksis og rundskrivet fra 2017 at pasienten må ha oppnådd en viss grad av sykdomsinnsikt, og en evne til å anerkjenne informasjon i egen situasjon særlig knyttet til egen lidelse.⁹⁷ De avgjørende momentene for Høyesterett i vurderingen av om pasienten er samtykkekompetent er at vedkommende har en viss grad av sykdomsinnsikt og konsekvensinnsikt. Pasienten må ha en viss innsikt i egen situasjon og helsetilstand, særlig tilknyttet egen psykiske lidelse, i tillegg til å være i stand til å forstå informasjonen som gis og konsekvensene av å eventuelt nekte behandling.⁹⁸

I det følgende vil jeg derfor gå mer konkret inn på hvilken grad av innsikt i egen situasjon og helsetilstand som kreves for at pasienten skal anses samtykkekompetent. Dette vil behandles i et eget kapittel om sykdomsinnsikt (3.7.2). Deretter vil jeg gå inn på hvilken grad av behandlingsinnsikt som kreves for å være samtykkekompetent (3.7.3). Behandlingsinnsikt knytter seg til kravet til at pasienten må være i stand til å forstå informasjonen om behandlingen vedkommende eventuelt ønsker å motsette seg, og hvilke konsekvenser et slikt valg kan få. Til tross for at dette er momenter som er tett knyttet til hverandre vil de behandles hver for seg. Det kan tenkes at en pasient kan forstå og anerkjenne at vedkommende er psykisk syk, men ikke ser behov for behandling eller ikke selv har tro på at vedkommende blir bedre ved behandling.

⁹⁵ HR-2018-2204-A avsnitt 49.

⁹⁶ HR-2018-2204-A avsnitt 59.

⁹⁷ HR-2018-2204-A avsnitt 60.

⁹⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 60 og avsnitt 61.

3.7.2 Nærmere om betydningen av sykdomsinnsikt for vurderingen av samtykkekompetanse

Innsikt i egen situasjon og helsetilstand, spesielt med tanke på egen psykiske lidelse er fremhevet av Høyesterett i HR-2018-2204-A som et krav for at pasienten er samtykkekompetent. Ordlyden av «åpenbart ikke i stand til å forstå hva samtykket omfatter» retter seg mot samtykket til behandlingen, og åpner derfor for vektlegging av sykdomsinnsikt som vurderingsmoment. Det kan tenkes at det er vanskelig for en pasient å forstå begrunnelsen for behandling dersom pasienten ikke forstår eller erkjenner at vedkommende har en alvorlig sinnslidelse som etter et medisinsk synspunkt krever behandling. Ordlyden sier imidlertid ingenting om hvor stor grad av sykdomsinnsikt pasienten må ha for å være samtykkekompetent. Temaet for dette delkapittelet er derfor hvor stor grad av sykdomsinnsikt som kreves for at pasienten er samtykkekompetent, og hvordan dette behandles i rettspraksis.

Sykdomsinnsikt er et begrep som tradisjonelt har stått sentralt i behandling av psykisk sykdom og som begrunnelse for vedtak om tvung i psykisk helsevern.⁹⁹ Begrepet er også brukt for å forklare psykose, som er den sinnslidelsen som kan sies å være i kjernen av vilkåret om «alvorlig sinnslidelse», jf. phvl. § 3-3 nr. 3 første punktum.¹⁰⁰ I et av forarbeidene til psykisk helsevernloven¹⁰¹ refereres det til faglitteratur hvor psykose defineres som «en svekkelse av psykiske funksjoner av en slik grad at det griper sterkt inn i personens sykdomsinnsikt, evne til å møte dagliglivets krav og evne til å bevare kontakt med virkeligheten».¹⁰² I HR-2018-2204-A trekker førstvoterende frem at det er sentralt hvorvidt pasienten klarer å ta en beslutning som ikke er påvirket av den psykiske lidelsen i for stor grad.¹⁰³

I den konkrete vurderingen av om pasienten er samtykkekompetent i HR-2018-2204-A viser førstvoterende til overlege, kontrollkommisjonen, tingrettens og lagmannsrettens behandling og konklusjon.¹⁰⁴ Høyesteretts flertall konkluderer med at A åpenbart ikke har reell innsikt i sin egen situasjon eller forståelse for konsekvensene av å avslutte behandlingen. Pasienten var fast i sin oppfatning om at hun ikke hadde en alvorlig sinnslidelse, noe som etter Høyesteretts oppfatning tilsa at pasienten ikke hadde sykdomsinnsikt. Høyesterett uttaler at pasienten kan

⁹⁹ NOU 2011:9 s. 153.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 77.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 11 (1998-1999).

¹⁰² Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) s. 77.

¹⁰³ HR-2018-2204-A avsnitt 49.

¹⁰⁴ HR-2018-2204-A avsnitt 70.

ha en « redusert evne til å forstå hva helsehjelpen omfatter » og likevel være samtykkekompetent. Fra dette kan man trekke ut at pasienten kan ha en redusert evne til forstå hva samtykket omfatter og likevel være samtykkekompetent, men den kan ikke være helt fraværende. I den konkrete vurderingen av om pasienten hadde tilstrekkelig sykdomsinnsikt gikk ikke Høyesterett grundig inn på pasientens evne til å forstå og resonnere rundt egen lidelse, ettersom pasienten var fast i sin oppfatning om at hun ikke hadde en alvorlig sinnslidelse.¹⁰⁵ Høyesterettsavgjørelsen gir en anvisning på at sykdomsinnsikt er et viktig moment i vurderingen av om pasienten er samtykkekompetent, men sier ikke så mye om hvor stor grad av sykdomsinnsikt pasienten må ha. Jeg vil derfor se hen til lagmannsrettsdommer for illustrasjon av hvor skillet kan gå og hvor liten grad av sykdomsinnsikt en pasient kan ha og fortsatt være samtykkekompetent. Dommer avsagt av lagmannsretten vil bare bli brukt som illustrasjon, ettersom de ikke dømmer i siste instans slik Høyesterett gjør.

I LG-2018-35336 var det noe mer tvilsomt om pasienten hadde tilstrekkelig sykdomsinnsikt, og dermed var samtykkekompetent. Saken gjaldt hvorvidt en pasient med paranoid schizofreni kunne utskrives av tvungent psykisk helsevern, og spørsmålet om pasienten hadde samtykkekompetanse kom på spissen. Lagmannsretten kom til at pasienten hadde samtykkekompetansen i behold og dermed kunne utskrives fra tvungent psykisk helsevern. Lagmannsretten legger vekt på at det tidligere har vært vanskelig for behandlere å sette en bestemt diagnose på pasienten, og mener dette trekker i retning av at pasienten har tilstrekkelig sykdomsinnsikt. Pasientens betenkn timer om hvorvidt diagnosen han har fått er riktig, anses derfor å være legitime. Lagmannsretten gir et nyansert bilde av vurderingen av sykdomsinnsikt ved å gå grundig inn på vurderingen, og illustrerer at pasienten kan være samtykkekompetent til tross for at vedkommende stiller spørsmål ved diagnosen som er stilt. Det avgjørende for lagmannsretten er at pasienten klarer å resonnere rundt egen lidelse, noe han gjorde ved å stille spørsmål ved diagnosen uten å nekte for at den kunne være riktig. Dommen illustrerer hvordan en pasient kan ha redusert innsikt i egen sykdom og behov for behandling uten at dette fører til at pasienten ikke lenger har samtykkekompetansen i behold.

Lagmannsretten går inn på en grundig vurdering av pasientens sykdomsinnsikt, og illustrerer at vedkommende kan gi utsagn som gjør det tvilsomt om vedkommende har full sykdomsinnsikt: eksempelvis sier han at han har det « bedre enn noen gang ». Sammenlignet

¹⁰⁵ HR-2018-2204-A avsnitt 68.

med HR-2018-2204-A gir lagmannsretten et mer nyansert bilde og en grundigere vurdering av sykdomsinnsikt som vurderingstema. Eksempelvis viser Høyesterett til et sitat fra rundskrivet IS-1/2017 som lyder som følgende: «dersom pasienten ikke erkjenner lidelsen og at vedkommende har det vanskelig, og ikke vurderer eller føler behov for hjelp, vil informasjonen ofte ikke kunne sies å være anerkjent i den aktuelle situasjonen».¹⁰⁶ Dette kan tolkes som at det kreves at pasienten erkjenner den spesifikke lidelsen, og ikke bare at vedkommende har en sinnslidelse, som lagmannsretten legger til grunn i LG-2018-35336. Det må imidlertid bemerkes at LG-2018-35336 ble avsagt før HR-2018-2204-A. Det kan spørres om det etter HR-2018-2204-A kreves at pasienten erkjenner den spesifikke lidelsen, eller om det er tilstrekkelig at pasienten erkjenner at han har en psykisk lidelse. Dette blir ikke satt på spissen av Høyesterett i subsumsjonen ettersom pasienten nekter for at hun i det hele tatt har en alvorlig sinnslidelse. Det er derfor vanskelig å si helt klart om det kreves at pasienten erkjenner den spesifikke diagnosen vedkommende har fått diagnostisert av helsepersonell, eller om det holder at pasienten erkjenner at vedkommende har en alvorlig sinnslidelse. Høyesterettsdommer skal imidlertid ikke fintolkes slik lovtekst skal, og Høyesterett uttaler at pasienten må ha en viss grad av sykdomsinnsikt og en evne til å anerkjenne informasjonen i sin egen situasjon, spesielt med tanke på egen helse. Sett i sammenheng med Høyesterett sin presisering av hensynet til pasientens selvbestemmelse¹⁰⁷, er det grunnlag for å si at det ikke kreves innsikt i den spesifikke diagnosen vedkommende har fått. Det avgjørende er hvorvidt vedkommende klarer å resonnerer rundt diagnosen, og ikke nekter at vedkommende har en sinnslidelse.

Både Høyesterett og lagmannsretten gir uttrykk for at det i vurderingen av om pasienten kan anerkjenne og resonnerer rundt informasjon er avgjørende at pasienten kan anerkjenne informasjon knyttet til egen lidelse. I spørsmålet om det trenger å være en spesifikk lidelse virker det avgjørende å være at pasienten ikke avskjærer at vedkommende har en psykisk lidelse og klarer å resonnerer rundt hva det kan føre med seg av utfordringer. I lys av de gjennomgåtte avgjørelsene kan det synes at dersom pasienten blankt nekter for at vedkommende har en psykisk lidelse vil vedkommende vanskelig kunne sies å være samtykkekompetent. Det antas imidlertid at pasienten ikke trenger å være enig i den

¹⁰⁶ HR-2018-2204-A avsnitt 50.

¹⁰⁷ HR-2018-2204-A avsnitt 58.

spesifikke diagnosen vedkommende har fått, så lenge vedkommende ikke nekter at han har en psykisk lidelse som i stor grad påvirker hans eller hennes funksjonsnivå.

3.7.3 Nærmere om betydningen av behandlingsinnsikt for at pasienten skal være samtykkekompetent

For at pasienten skal være samtykkekompetent må vedkommende «forstå hva samtykket omfatter». Dette knytter seg etter ordlyden til behandlingen som pasienten enten aksepterer eller velger å motsette seg. Høyesterett fremhever også i HR-2018-2204-A at pasienten må forstå nødvendigheten av helsehjelpen og hvilke konsekvenser det vil ha å nekte behandling.¹⁰⁸ Dette vil jeg i det følgende omtale som behandlingsinnsikt. Dette kapittelet skal diskutere hvor stor grad av behandlingsinnsikt pasienten må ha for å være samtykkekompetent og hvilke momenter som spiller inn i denne vurderingen.

Når det gjelder behovet for behandling sier pasienten i HR-2018-2204-A at kroppen hennes føltes mye bedre når hun var uten medisiner, og hun trekker frem at hun blir følelsesmessig avstumpet av medisinen. Høyesterett trekker frem disse uttalelsene fra pasienten, men går ikke grundigere inn på hvor stor grad av innsikt i behovet for behandling eller konsekvenser av å la være pasienten trenger. Høyesterett legger til grunn konklusjonene til den behandlingsansvarlige overlegen, kontrollkommisjonen, tingretten og lagmannsretten, ettersom disse har fått høre pasienten forklare seg direkte.¹⁰⁹

I LG-2018-35336, som også ble behandlet i kapittelet om sykdomsinnsikt, går lagmannsretten grundigere inn på vurderingen av pasientens konsekvensinnsikt og evne til å forstå nødvendigheten av helsehjelpen. Lagmannsretten fant spørsmålet om samtykkekompetanse tvilsomt og foretar derfor en grundig vurdering av pasientens behandlingsinnsikt. Her skiller lagmannsretten mellom å nekte helsehjelp fordi pasienten ikke innser sitt eget behov for hjelp og en motsettelse av helsehjelpen på grunn av bivirkninger ved behandling. Lagmannsretten mener at det ikke er åpenbart at nektelsen til pasienten skyldes at han ikke innser sitt eget behov for hjelp, og dermed ikke har behandlingsinnsikt. Pasienten anerkjenner at medisinen hjelper han i psykotiske perioder, men han opplever bivirkningene ved medikamentell

¹⁰⁸ HR-2018-2204-A avsnitt 50.

¹⁰⁹ HR-2018-2204-A avsnitt 70.

behandling som plagsomme. Pasienten forklarer også at dersom han skulle blitt psykotisk på nytt vil han søke hjelp som han tidligere har gjort.¹¹⁰ Dette illustrerer at pasienten kan ha en innsikt i behov for hjelp, men ikke være enig i hjelpen som tilbys. Når pasienten uttaler at han vil oppsøke hjelp dersom han skulle bli psykotisk igjen viser dette at han ser behovet for hjelp. Lagmannsretten uttaler at «det ikke er åpenbart at As nektelse av å motta helsehjelp skyldes at han ikke føler behov for slik hjelp», og viser så til utsagn hvor pasienten reflekterer rundt at medisinene har hjulpet han før.¹¹¹ Det avgjørende for at pasienten ble ansett for å ha tilstrekkelig behandlingsinnsikt virket å være at pasienten ikke nektet behandling fordi han ikke så behovet for behandling, men fordi han har hatt plagsomme bivirkninger, og at dette er grunnen til at han ikke vil medisineres lenger. Lagmannsretten viser også til konkrete refleksjoner og oppfatninger pasienten gir uttrykk for som støtter oppfatningen om at han ikke nekter fordi han ikke føler behovet for hjelp. I tillegg legges det vekt på at pasienten har vært underlagt tvangsmedisinering i mange år uten å få prøve perioder uten. Lagmannsretten mener at dette er et tvilstilfelle og trekker frem pasientens utsagn om at han har «det bedre enn noen gang» uten medisiner. Dette kan gi uttrykk for et ensidig syn på medisinering, og dermed være et tegn på at pasienten ikke klarer å anerkjenne og resonnere rundt konsekvensene av å ikke få behandling.

I LB-2019-53902 var spørsmålet hvorvidt en mann diagnostisert med paranoid psykose skulle være underlagt tvungent psykisk helsevern. Vilkåret om samtykkekompetanse kom på spissen, og pasienten gjorde gjeldende at han ikke manglet samtykkekompetanse og presiserte at «det kan ikke være slik at man mangler samtykkekompetanse dersom man stiller spørsmålstegn ved de diagnoser og medisiner man får, og ønsker å prøve seg frem selv hva gjelder medisinering».¹¹² Retten kom imidlertid til at pasienten ikke var samtykkekompetent og la avgjørende vekt på evnen til å resonnere, som også vektlegges i rundskrivet¹¹³ og som Høyesterett også trekker frem fra rundskrivet i HR-2018-2204-A. Lagmannsretten legger avgjørende vekt på at pasienten ikke anerkjenner behovet for nødvendig behandling. Lagmannsretten legger til grunn psykiaterens vurdering av pasientens samtykkekompetanse. Formuleringene som brukes her bør bemerkes: «viser [ikke] full innsikt i egen sykdom eller behandling av denne» og «ganske begrenset evne til å forstå informasjonen som er relevant for beslutningen om helsehjelp». Formuleringen «full innsikt i egen sykdom eller behandling

¹¹⁰ LG-2018-35336.

¹¹¹ LG-2018-35336.

¹¹² LB-2019-53902.

¹¹³ IS-1/2017.

av denne» gir uttrykk for at pasienten må ha full sykdoms- og behandlingsinnsikt for å være samtykkekompetent. Dette samsvarer dårlig med andre og mer tungtveiende rettskilder. I HR-2018-2204-A uttaler Høyesterett at pasienter med «noenlunde realistisk innsikt i sin situasjon, selv kan avgjøre om de vil ha helsehjelp». Dette gir uttrykk for et mildere krav til forståelsesevne enn det lagmannsretten legger til grunn ved sin formuleringer «ganske begrenset» og «viser [ikke] full innsikt i egen sykdom». Dette kan gi uttrykk for en uklarhet og usikkerhet vedrørende hvor mye pasienten må forstå.

Ettersom LB-2019-53902 er avsagt av en underinstans og derfor ikke har rettsnormerende kraft vil ikke vurderingene i dommen påvirke andre dommer slik vurderingene i en høyesterettsdom vil gjøre. Dommen kan likevel gi uttrykk for at det er uenighet og usikkerhet rundt forståelsen av kravet til manglende samtykkekompetanse, noe som vil kunne være en fare for den enkelte pasients rettssikkerhet.

Også i LH-2019-22061 manglet pasienten innsikt i egen sykdom, og pasienten anså ikke seg selv som syk. Saken gjaldt hvorvidt en pasient med paranoid schizofreni kunne begjære seg selv utskrevet av tvungent psykisk helsevern, og hvor et av spørsmålene var om pasienten hadde samtykkekompetanse. Pasienten mener selv at han ikke har en alvorlig sinnslidelse, og er opptatt av at psykiatrien og andre myndighetspersonen har utsatt han for urett.¹¹⁴

Lagmannsretten kommer på bakgrunn av blant annet manglende sykdomsinnsikt til at pasienten ikke er samtykkekompetent. Det trekkes frem at pasienten har latt seg innlegge frivillig før, og at han har vært i dialog med sine behandlere om dette. Lagmannsretten presiserer videre at dette ikke betyr at pasienten forstår konsekvensene av å motsette seg behandling. Lagmannsrettens vurdering i denne dommen skiller seg derfor noe fra overnevnte avgjørelse, LG-2018-35336, hvor momentet om at pasienten hadde latt seg innlegge frivillig trakk i retning av at pasienten var samtykkekompetent. I LG-2018-35336 så lagmannsretten det som et bevis på at vedkommende så behovet for behandlingen. I LH-2019-22061 var det ikke avgjørende at pasienten tidligere har latt seg innlegge frivillig. Lagmannsretten gir uttrykk for at det at pasienten har latt seg frivillig innlegge før ikke nødvendigvis betyr at vedkommende forstår konsekvensene av å motsette seg behandling og dermed har behandlingsinnsikt. Dette illustrer at vurderingen av manglende samtykkekompetanse er svært konkret, og hvor stor vekt et moment har vil avhenge av vekten av de resterende momentene.

¹¹⁴ LH-2019-22061.

I LB-2019-152106 klarer pasienten å se positive og negative sider ved oppholdet på sykehuset hun har vært innlagt på. Lagmannsretten mener likevel at hun ikke klarer å se konsekvensene av å ikke ta antipsykotisk medisin, og konkluderer derfor med at hun ikke er samtykkekompetent. At pasienten ikke klarer å se konsekvensene av å ta medisinene gir uttrykk for at hun ikke klarer å ta valg basert på realistiske forutsetninger. Dette gir uttrykk for at pasienten må klare å resonnerer og se valg, som HR-2018-2204-A trekker frem fra Rundskrivet IS-1/2017.¹¹⁵ I LB-2019-152106 var imidlertid pasientens tanker om egen lidelse, behovet for behandling og konsekvenser av å ikke ta medisin ensidige og bastante. Dommen kan likevel illustrere tyngden av sykdomsinnsikt og behandlingssinnsikt som vurderingsmoment. Særlig dersom begge er oppfylt. Det var ikke tilstrekkelig i dette tilfellet at pasienten klarte å resonnerer og se de positive og negative sidene ved oppholdet. Med tanke på det strenge kravet «åpenbart» oppstiller i ordlyden jf. pbrl. § 4-3 andre ledd, kan det virke som det ikke ligger innenfor ordlyden. Grunnen til at det ikke var tilstrekkelig at pasienten klarte å se de positive og negative sidene ved oppholdet, kan henge sammen med at det var medisineringen pasienten måtte se de positive og negative sidene ved, ikke oppholdet generelt.

Mange av sakene som kommer opp for domstolen gjelder tvangsmedisinering med antipsykotika. Tvangsmedisinering av antipsykotika er ikke bare en svært inngripende behandling, men det har også opp igjennom tiden vært diskutert og omstridt helt siden det ble en behandlingsform på begynnelsen av 1950-tallet.¹¹⁶ At det er en omstridt behandlingsform kan legitimere pasientens eventuelle betenkeligheter ved å samtykke til behandling. Dette illustrerer også LG-2018-35336 ved å vektlegge pasientens bivirkninger av medisinene.¹¹⁷

Avgjørelsene som er behandlet i kapittelet støtter opp om en betraktning om at det er avgjørende at pasienten klarer å se behovet for behandling og konsekvensene av å la være. I avveiningen av hvor stor behandlingssinnsikt vedkommende må ha er det vanskelig å gi et klart svar, ettersom det beror på en svært konkret vurdering. Det synes imidlertid avgjørende at pasienten ikke avskjærer at vedkommende har et behov for behandling, men at det anses som et valg som pasienten ønsker å velge bort basert på legitime argumenter. I LG-2018-

¹¹⁵ Se HR-2018-2204-A avsnitt 45.

¹¹⁶ Aage Thor Falkanger, «Psykisk helsevern og tvangsmedisinering» *Lov og Rett*, 5 (2017) nr. 56 s. 257-258, på s. 257.

¹¹⁷ LG-2018-35336.

35336 trekkes bivirkninger frem som en legitim grunn for at pasienten ville avslutte behandling.

3.7.4 Nærmere om åpenbart

For at noen skal kunne underlegges tvungent psykisk helsevern må det være «åpenbart» at pasienten «ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pbrl. § 4-3 andre ledd første punktum. Det vil si at det ikke er tilstrekkelig at vedkommende har en manglende forståelsesevne, men det må være «åpenbart», jf. pbrl. § 4-3 andre ledd første punktum. Dette delkapittelet skal ta for seg nærmere hva som ligger i kravet om «åpenbart». Først vil jeg drøfte «åpenbart» som et beviskrav og diskutere hvor stor grad av sannsynlighet som kreves for at pasienten skal anses samtykkekompetent. Videre skal jeg vurdere om «åpenbart» også sier noe materielt om kravet til pasientens forståelsesevne.

I forarbeidene til lovendringen i 2017¹¹⁸ omtaler utvalget «åpenbart» som et beviskrav.¹¹⁹ Det omtales som et beviskrav i behandlingen av spørsmålet om lovteksten skal endres fra «åpenbart» til «overveiende sannsynlig». Stortingskomiteen uttaler i denne sammenheng at et slikt forslag ville ført med seg «vesentlige endringer av gjeldende rett», ettersom kravet er at det skal være «åpenbart». Ettersom de uttaler at en slik endring av ordlyden vil føre til at det skal mindre til for å komme fram til at pasienten mangler samtykkekompetanse, tilsier dette at utvalget mener at beviskravet «åpenbart» krever mer enn overveiende sannsynlighet. Til tross for at Ot.prp. nr. 12 ikke omtaler «åpenbart» direkte som et beviskrav kan formuleringen «dersom helsepersonell er i tvil skal pasienten anses å være samtykkekompetent» tilsi at det er et strengt krav.¹²⁰

Høyesterett omtaler også «åpenbart» som et beviskrav i HR-2018-2204-A. Høyesterett sier imidlertid ingenting om hvor stor sannsynlighet som kreves for at faktumet skal anses bevist. Høyesterett uttaler bare at for å vurdere om beviskravet «åpenbart» oppstiller er oppfylt, må det vurderes «hvordan den enkelte personen fremstår og hva vedkommende gir uttrykk for».¹²¹ Også i NOU 2011: 9 uttales det at «åpenbart» oppstiller et svært strengt beviskrav, og utvalget uttaler at de ønsker en nedjustering av beviskravet til «overveiende sannsynlig».

¹¹⁸ Prop. 147 L (2015-2016)

¹¹⁹ Prop. 147 L (2015-2016) s. 20

¹²⁰ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter s. 133

¹²¹ HR-2018-2204-A avsnitt 65.

Utvalget begrunner en nedjustering av beviskravet til «overveiende sannsynlig» fordi det etter deres mening vil «representere en mer balansert standard med tanke på å ivareta både pasientens selvbestemmelsesrett og velferd». ¹²² Med en mer balansert standard mener utvalget altså at hensynet til selvbestemmelse må nedjusteres til fordel for hensynet til pasientens velferd, det vil si i form av forsvarlig behandling. Utvalget hevder også at «åpenbart» etter ordlyden oppstiller et beviskrav som er strengere enn det som gjelder i strafferetten. Utvalget mener at det skal være en presumsjon om at pasienten har beslutningskompetanse, men at den ikke skal være så sterk som den er etter «åpenbart». ¹²³ Utvalget skiller altså mellom «åpenbart» og «overveiende sannsynlig». Det fremgår også av NOU 2011:9 at det er opp til domstolpraksis å definere det nærmere innholdet i beviskravet. ¹²⁴ Dette har imidlertid ikke Høyesterett gjort i HR-2018-2204-A, som er den eneste høyesterettsavgjørelsen avsagt etter lovendringen.

Forarbeidene til lovendringen i 2017 ¹²⁵ gir uttrykk for at «åpenbart» tilsier et strengere beviskrav enn det «overveiende sannsynlig» legger opp til. I juridisk teori er det imidlertid foretatt en annen tolkning av beviskravet «åpenbart», noe man kan se i Gravers artikkel om bevisbyrden og beviskravet i forvaltningsretten. ¹²⁶ Det må understrekes at forarbeidene er en tyngre rettskilde, og at forarbeidsuttalelser normalt veier tyngre enn det som enn det som er uttalt i teori, særlig i en enkeltstående artikkel. Det er likevel interessant å se hvordan «åpenbart» er tolket forskjellig, ettersom dette kan illustrere at det kan være vanskelig å forstå hvor strengt «åpenbart» skal tolkes. Graver opererer med tre beviskrav i sin artikkel: alminnelig sannsynlighetsovervekt, overveiende sannsynlig og sikkert. Han nevner videre «åpenbart» som et eksempel på en formulering som viser til beviskravet «overveiende sannsynlig». ¹²⁷ Gravers oppfatning om at det er sammenfall mellom overveiende sannsynlig og åpenbart virker ikke forenelig med det forarbeidene ¹²⁸ uttaler. HR viste ikke til forarbeidene i behandlingen av beviskravet i HR-2018-2204-A.

¹²² NOU 2011:9 s. 155-156.

¹²³ NOU 2011:9 s. 155-156.

¹²⁴ NOU 2011:9 s. 243.

¹²⁵ Prop. 147 L (2015-2016).

¹²⁶ Hans Petter Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 04-05 (2004) nr. 117 s. 456-498.

¹²⁷ Hans Petter Graver, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 04-05 (2004) nr. 117 s. 456-498 på s. 467.

¹²⁸ Se Prop. 147 L (2015-2016) s. som uttaler «åpenbart» som et beviskrav som er strengere enn «overveiende sannsynlighet». Se også Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) som uttaler at dersom det er tvil om pasientens evne til å forstå, skal pasienten anses å være samtykkekompetent.

Heller ikke underrettspraksis gir noe klart svar. I LG-2018-35336 uttaler lagmannsretten at «åpenbart» oppstiller et strengt beviskrav, og at det kreves noe mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹²⁹ Hvilket beviskrav lagmannsretten legger til grunn uttales ikke. Både overveiende sannsynlighet og sikkert er strengere beviskrav. Lagmannsretten siterer rundskrivet IS-1/2017 som uttaler det samme som Ot.prp. nr. 12 hvor det fremgår at det skal en del til før pasienten mister samtykkekompetansen. LG-2018-35336 kom imidlertid før HR-2018-2204-A. Dommen kom imidlertid etter Prop. 147 hvor det uttales at å endre ordlyden fra «åpenbart» til «overveiende sannsynlig» vil være å senke beviskravet fra gjeldende rett.¹³⁰ LG-2018-35336 er imidlertid underrettspraksis, og har ikke rettsnormerende kraft. Den brukes i denne sammenheng for å illustrere utfordringen med å utlede beviskravet «åpenbart» og hvordan det skal tolkes.

I LB-2019-53902 behandler ikke lagmannsretten «åpenbart» separat og uttaler ingenting direkte om hvilken grad av sannsynlighet som kreves for at pasienten mangler samtykkekompetanse. Det vises bare til HR-2018-2204-A og hvordan beviskravet skal vurderes, altså etter hvordan den enkelte personen fremstår og hva vedkommende gir uttrykk for. Deretter går lagmannsretten over til den materielle vurderingen av om pasienten har innsikt i egen situasjon og sykdomsbilde, og behovet for hjelp og behandling. Det er flere dommer hvor lagmannsretten ikke kommenterer hvilken grad av sannsynlighet «åpenbart» krever. Særlig dommene avsagt etter høyesterettsavgjørelsen siterer stort sett bare det Høyesterett uttaler om beviskravet, uten å selv kommentere hvilken grad av sannsynlighet som kreves. Heller ikke i LB-2019-18068 uttaler lagmannsretten hvilken grad av sannsynlighet «åpenbart» krever, utover å vise til Høyesteretts formulering om at det er et beviskrav og at det skal vurderes etter hvordan personen fremstår og hva vedkommende gir uttrykk for. Saken i LB-2019-18068 gjaldt hvorvidt en pasient fortsatt skulle være underlagt tvungent psykisk helsevern, hvor retten vurderte om pasienten hadde samtykkekompetanse. Når lagmannsretten ikke kommentere beviskravets styrke er det vanskelig forstå hvilket beviskrav de legger til grunn.

I LB-2019-151206 kommenterer lagmannsretten at beviskravet er svært strengt. Dette gjør lagmannsretten på bakgrunn av uttalelser fra Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) på side 133. Lagmannsretten uttaler ikke noe mer om hva det innebærer at beviskravet er strengt, og heller

¹²⁹ LG-2018-35336.

¹³⁰ Prop. 147 L (2015-2016) s. 20.

ikke hvilken grad av sannsynlighet lagmannsretten krever for at faktumet skal anses bevist. Formuleringen «svært strengt» gir i alle fall anvisning på at det må være tale om noe mer enn alminnelig sannsynlighet, og muligens også noe mer enn overveiende sannsynlig.

I november 2019 behandlet Sivilombudsmannen en klage på Fylkesmannen i Trøndelag sitt vedtak vedrørende utskriving fra tvungent psykisk helsevern. Fylkesmannen kom i sitt vedtak frem til at pasienten ikke hadde samtykkekompetansen i behold, og klagen om utskriving fra tvungent psykisk helsevern ble avslått. Sivilombudsmannen behandlet hvorvidt Fylkesmannen hadde anvendt korrekt beviskrav for vurderingen, og kommenterte at formuleringen «ikke virket å forstå» kunne gi uttrykk for at Fylkesmannen ikke hadde gjort det.¹³¹ Sivilombudsmannen mener at «lovens krav innebærer at det ikke er tilstrekkelig med overveiende eller klar sannsynlighetsovervekt».¹³² Sivilombudsmannen legger til grunn at rettskildebildet gir anvisning på et svært strengt beviskrav, og med dette mener ombudsmannen at det ikke er tilstrekkelig med «overveiende eller klar sannsynlighetsovervekt for å konstatere at personen mangler tilstrekkelig forståelsesevne etter pasient- og brukerrettighetsloven § 4-3 andre ledd».¹³³ Sivilombudsmannens uttalelse illustrer hvordan en viktig del av forvaltningen forstår og tolker rettskildebildet. Dette er ikke rettslig bindende¹³⁴, men kan være legitime argumentskilder. I dette tilfellet bruker Sivilombudsmannen rettskilder med tyngre vekt som eksempelvis forarbeid og høyesterettspraksis.

Det kan videre spørres om «åpenbart» sier noe om pasientens evne til å forstå hva samtykket omfatter, i tillegg til å oppstille et beviskrav. Ved utpenslingen av samtykkekravet er det nødvendig å finne ut om «åpenbart» også oppstiller et krav til pasientens forståelsesevne. Det at «åpenbart» etter sin ordlyd oppstiller en høy terskel tilsier at den setter et materielt krav til forståelsesevnen, ettersom dette må være «åpenbart». At den manglende forståelsen må være «åpenbar» utelukker de grader av forståelsesevne hvor vedkommende kan resonnerer i en viss grad. Til tross for at Høyesterett i HR-2018-2204-A beskriver «åpenbart» som et beviskrav kan det virke som Høyesterett mener «åpenbart» også tilfører noe til graden av forståelse pasienten må ha. Når Høyesterett uttaler at pasientens forståelsesevne kan være redusert¹³⁵,

¹³¹ SOM-2018-2278 s. 5-6.

¹³² SOM-2018-2278 s. 8.

¹³³ SOM-2018-2278 s. 5.

¹³⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, 1. utg., Universitetsforlaget 2018, s. 233.

¹³⁵ Se HR-2018-2204-A avsnitt 49.

uten at dette betyr at pasienten ikke er samtykkekompetent, kan dette tyde på at Høyesterett bruker «åpenbart» for å fastsette det nærmere kravet til forståelse. Hvis man ser på ordlyden uten å inkludere «åpenbart» kan det vanskelig leses ut at pasienten kan ha en redusert evne til å forstå hva samtykket omfatter og fortsatt være samtykkekompetent. Dersom man har en redusert evne til å forstå hva samtykket omfatter kan dette tilsi at man «ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter». Åpenbart kan imidlertid tilsi at det må være noe som fremstår klarere enn at evnen er redusert. At forarbeidene¹³⁶ uttaler at det skal en del til før vedkommende ikke kan anses samtykkekompetent kan sies å tilføre noe til forståelsen av «åpenbart».¹³⁷

Begrepet «åpenbart» oppstiller et beviskrav, et strengt sådan, som etter forarbeidene krever mer enn overveiende sannsynlighet. I tillegg sier «åpenbart» også noe om hvilken grad av manglende forståelse pasienten må ha for å ikke være samtykkekompetent. Når det kreves at fraværet av samtykkekompetansen må være «åpenbar» tillates det at pasientens forståelsesevne er redusert, uten at dette tilsier at pasienten ikke er samtykkekompetent.

3.7.5 Forholdet mellom «alvorlig sinnslidelse» og «mangler samtykkekompetanse»

Både kravet til at pasienten må ha en «alvorlig sinnslidelse», jf. phvl § 3-3 nr. 3 og kravet til at pasienten «mangler samtykkekompetanse» jf. phvl. § 3-3 nr. 4 legger opp til en konkret helhetsvurdering. Som tidligere nevnt kan «alvorlig sinnslidelse» legge opp til en vurdering av pasientens realitets- og vurderingsevne.¹³⁸ Momentene oppstilt av Høyesterett i Rt. 2015 s. 913 kan ligne på momentene i vurderingen av samtykkekompetanse som jeg har gjennomgått i det foregående. Det kan på bakgrunn av dette spørres hvor stor påvirkning på pasientenes rettsstilling innføringen av kravet til manglende samtykkekompetanse har dersom de to vurderingene er svært sammenfallende.

I de sakene fra rettspraksis hvor forholdet mellom alvorlig sinnslidelse og manglende samtykkekompetanse kommer klarest frem er i Rt. 2015 s. 913. Spørsmålet var om pasientens anoreksi kunne likestilles med en psykose, og dermed regnes som en «alvorlig sinnslidelse» jf. phvl. § 3-3 nr. 3 første punktum. I vurderingen av «alvorlig sinnslidelse» trekker

¹³⁶ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999).

¹³⁷ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 139.

¹³⁸ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 33.

Høyesterett frem pasientens evne til å foreta en realistisk vurdering av «eget utseende, kroppens vekt og fungering og de helsemessige konsekvensene av å innta mindre næring enn det som er nødvendig».¹³⁹ I tillegg uttaler Høyesterett at det også er av betydning om pasienten har «en form for innsikt i sin anoreksi og dens konsekvenser» og en evne til å innrette seg etter dette.¹⁴⁰ Disse momentene ligner på de som oppstilles for vurderingen av samtykkekompetanse, som tidligere nevnt er innsikt i egen situasjon og helsetilstand. I tillegg til behovet for hjelp og konsekvensene av å motsette seg helsehjelpen.¹⁴¹

Selv om Rt. 2015 s. 913 ble avsagt før innføringen av kravet om manglende samtykkekompetanse, vil vurderingen av «alvorlig sinnslidelse» for tilfeller som ligger i begrepets yttergrense trolig ha likhetstrekk. Det vil si at for pasienter med anoreksi, eller andre tilstander som kan likestilles med psykose, vil de to vurderingene kunne være sammenfallende. Dette kan tilsi at for denne gruppen pasienter vil innføringen av samtykkekompetansen ikke ha særlig stor reell betydning, med tanke på pasientens rettssikkerhet. Vurderingene av alvorlig sinnslidelse og manglende samtykkekompetanse har likhetstrekk i form av at det i vurderingen av «alvorlig sinnslidelse» også stilles spørsmål om pasienten har en innsikt tilknyttet lidelsen og dens konsekvenser. En forskjell er imidlertid at den konkrete vurderingen av samtykkekompetanse også krever en vurdering av forståelsesevnen tilknyttet helsehjelpen pasienten motsetter seg, og ikke bare tilknyttet anoreksien. Vurderingen av pasientens samtykkekompetanse vil derfor knytte seg til den enkeltes pasients forståelsesevne mer løsrevet fra diagnosen. Selv om det ved vurderingen av samtykkekompetanse også av betydning om pasienten er sterkt påvirket av sykdommen.¹⁴² Diagnosen er ikke definerende for pasientens evne og kompetanse, og vurderingen av samtykkekompetanse vil føre til en mer konkret og individuell vurdering av pasienten.

Også uttalelser fra HR-2018-2204 kan gi uttrykk for likhetstrekk mellom vurderingen av samtykkekompetanse og kravet til alvorlig sinnslidelse. I vurderingen av pasientens forståelsesevne er det sentralt «i hvilken grad sykdommen påvirker personens evne til å foreta realistiske vurdering av egen tilstand og konsekvensene av behandlingsvalget».¹⁴³ Det er med andre ord et tett bånd mellom disse vurderingene, og det kan sann sett tilsi at den selvstendige

¹³⁹ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 42.

¹⁴⁰ Rt. 2015 s. 913 avsnitt 42.

¹⁴¹ HR-2018-2204-A.

¹⁴² HR-2018-2204-A avsnitt 63.

¹⁴³ HR-2018-2204-A avsnitt 63.

vekten av samtykkekompetanse som krav ikke er så stor. På en annen side kan det gi uttrykk for hvilken pasientgruppe som kravet til manglende samtykkekompetanse særlig vil være aktuelt for, altså pasienter som har en psykisk lidelse, men hvor forståelsesevnen ikke lenger er like påvirket av denne på grunn av for eksempel medisiner. Høyesterett uttaler videre at det ikke er av betydning for samtykkekompetansen om «vedkommende er i en aktiv sykdomsfase, eller om symptomene er avbleket på grunn av medisiner». Det vil si at grunnen til at pasienten ikke lenger blir påvirket av sykdommen slik at vedkommende ikke lenger har samtykkekompetanse, ikke er av betydning for om pasienten er samtykkekompetent eller ikke.

4 Avsluttende bemerkninger

Bruk av tvang ved behandling og omsorg av psykisk syke er et omstridt tema, ettersom tvangstiltak er svært inngripende for den enkelte. Historier om tvangstiltak i psykiatrien skaper reaksjoner i befolkningen, fordi det griper sterkt inn i den enkeltes rettsstilling.¹⁴⁴ Formålet med oppgaven har i hovedsak vært å finne ut hva som ligger i kravet til manglende samtykkekompetanse for etablering av tvungent psykisk helsevern, som krever at pasienten «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter», jf. pbrl. § 4-3 andre ledd. Ved utpenslingen av kravet til forståelseevne har oppgaven hatt som formål å se hvordan innføringen av et krav om samtykkekompetanse har endret pasientens rettsstilling.

Kravet til fravær av manglende samtykkekompetanse har ut fra lovens ordlyd og øvrige rettskilder vist seg å være strengt. Rettspraksis viser en vektlegging og styrking av hensynet til pasientens selvbestemmelsesrett¹⁴⁵, som også var et av formålene med innføringen av fravær av samtykkekompetanse som vilkår for tvungent psykisk helsevern.¹⁴⁶ Pasienten må etter min vurdering av rettspraksis ha en viss grad av sykdomsinnsikt og behandlingsinnsikt, som knytter seg særlig til evnen til å forstå egen lidelse, behovet for behandling og konsekvensene av å nekte behandling.

Underretts- og forvaltningspraksis har gitt uttrykk for en viss uenighet og usikkerhet rundt spørsmålet om hvor stor grad av forståelseevne pasienten må mangle for ikke å være samtykkekompetent. I LB-2019-53902 uttalte lagmannsretten at pasienten hadde en «ganske begrenset evne» til å forstå og dermed manglet samtykkekompetanse. I SOM-2018-2278 kom Sivilombudsmannen til at Fylkesmannen hadde lagt til grunn et for svakt beviskrav knyttet til pasientens forståelseevne. Disse eksemplene illustrerer at til tross for at kravet til manglende samtykkekompetanse har ført til at pasienten kan nekte etablering av tvungent psykisk helsevern, så kan usikkerhetene rundt hvordan kravet om manglende samtykkekompetanse skal forstå føre til at det ikke har hatt en like stor betydning på pasientens rettssikkerhet som forventet. Hvis man sammenligner statistikken over tvangsinnlagte fra før og etter

¹⁴⁴ Se for eksempel VGs spesial om bruk av tvang i psykisk helsevern. Synne Åsebø, Mona Grivi Norman og Ingeborg Huse Amundsen, «Lenket», VG, 12. mars 2016, <https://www.vg.no/spesial/2016/lenket/>, (lest 4. juni 2020).

¹⁴⁵ Se HR-2018-2204-A avsnitt 58.

¹⁴⁶ Se NOU 2011: 9 s. 18.

lovendringen viser denne også lite endring.¹⁴⁷ Det er vanskelig å gi et klart svar på hvorfor bruk av tvang i det psykiske helsevesenet ikke har gått ned som følge av innføringen av kravet til fravær av samtykkekompetanse, men det kan tenkes at det har noe med forståelsen av kravet å gjøre. På den annen siden har kravet til manglende samtykkekompetanse ført til at det må fattes vedtak om tvang også for personer som ikke motsetter helsehjelpen, hvor pasienten ikke anses å ha samtykkekompetanse.¹⁴⁸ Den manglende nedgangen av tvangsbruk trenger derfor ikke nødvendigvis henge sammen med usikkerhet rundt hvordan kravet til samtykkekompetanse skal forstås, men kan heller være et resultat av at det også må fattes tvangsvedtak for pasienter som verken samtykker eller motsetter seg behandlingen. Dokumentasjon av tvangsbruk også i tilfeller hvor pasienten verken samtykker til eller motsetter seg behandlingen vil kunne ha en positiv innvirkning på pasientens rettssikkerhet, ettersom det gjør tvangsbruken lettere å etterprøve og holde kontroll over.

Usikkerheten eller uenigheten knyttet til hvordan kravet om fravær av samtykkekompetanse skal forstås kan også komme av at det er en svært skjønnsmessig og vanskelig vurdering. Selv om Høyesterett har utpenslet hva som ligger i kravet til manglende samtykkekompetanse er vurderingen fortsatt svært konkret. Det kan også spørres om Høyesterett kunne ha uttalt seg klarere i spørsmålet om beviskravet, og om dette kunne ha gjort samtykkekompetansevurderingen noe klarere. Det må imidlertid bemerkes at antagelsene om usikkerhet og uenighet i tolkningen av kravet til manglende samtykkekompetanse i denne oppgaven er basert på én dom fra lagmannsretten og et vedtak fattet av Fylkesmannen i Trøndelag.

Hvor stor reell innvirkning innføringen av kravet til manglende samtykkekompetanse har hatt på den enkelte pasients rettsstilling er vanskelig å gi et klart svar på, men innføringen har gitt pasienten mulighet til å motsette seg behandling dersom pasienten er samtykkekompetent. Dette er i seg selv av stor prinsipiell betydning. Kravet om at det må foretas en vurdering av pasientens evne til å ta egne vurderinger og avgjørelser om helsehjelp bidrar i seg selv til å styrke pasientens selvbestemmelse. Den konkrete rettslige betydningen for en pasient vil sannsynligvis variere avhengig av pasienten. For pasienter som ikke har samtykkekompetanse vil ikke endringen ha reell betydning. For pasienter hvor den psykiske lidelsen ligger i ytterkanten av kjernen til «alvorlig sinnslidelse» kan det tenkes at innføringen av kravet om

¹⁴⁷ Helsedirektoratet, *Bruken av tvang i psykisk helsevern er ikke vesentlig redusert*, 28. februar 2020.

¹⁴⁸ Helsedirektoratet, *Bruken av tvang i psykisk helsevern er ikke vesentlig redusert*, 28. februar 2020.

fravær av samtykkekompetanse vil ha en noe mindre reell betydning, fordi pasientens evne til å foreta en realistisk vurdering av egen helsesituasjon allerede er foretatt i vurderingen av «alvorlig sinnslidelse». Vurderingene av «alvorlig sinnslidelse» og «åpenbart ikke er i stand til å forstå hva samtykket omfatter» er imidlertid ikke sammenfallende, selv om vurderingene har noen likhetstrekk. Etter min oppfatning legger kravet om at personens samtykkekompetansen må vurderes i større grad opp til en konkret og individuell vurdering av pasientens kompetanse uavhengig av den psykiske lidelsen, enn det «alvorlig sinnslidelse» gjør. Dette styrker pasientens mulighet for å utøve selvbestemmelse i overensstemmelse med egen evne til å forstå egen situasjon og hva behandling eller fravær av behandling kan innebære.

Litteraturliste

Lover

Kongeriket Norges Grunnlov, 17. mai 1814.

Lov 28. april 1961 nr. 2 om psykisk helsevern (opphevet).

Lov 2. juli 1999 nr. 62 om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern.

Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.

Lov 2. juni 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

Forarbeid

Ot.prp. nr. 11 (1998-1999) Om lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern (psykiatriloven), 13. november 1998.

Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) Om lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven), 13. november 1998.

NOU 2011: 9 Økt selvbestemmelse og rettssikkerhet, balansegangen mellom selvbestemmelsesrett og omsorgsansvar i psykisk helsevern, 17. juni 2011.

Dok.nr.16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, 19. desember 2011.

Prop. 106 S (2011-2012) Samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen av 13. desember 2006 om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne, 11. mai 2012.

Prop. 147. L (2015-2016) Endring i psykisk helsevernloven mv. (økt selvbestemmelse og rettssikkerhet), 17. juni 2016.

Rundskriv og andre offentlige dokument

Helsedirektoratet, Rundskriv IS-9/2012: «Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer», 2012.

Helsedirektoratet, Rundskriv IS-8/2015: «Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer», 2015.

Helsedirektoratet, Rundskriv IS-1/2017: «Psykisk helsevernloven og psykisk helsevernforskriften med kommentarer», 2017.

Helsedirektoratet, «Bruken av tvang i psykisk helsevern er ikke vesentlig redusert», 28. februar 2020.

Høyesterettspraksis

Rt. 2001 s. 752

Rt. 2001 s. 1487

Rt. 2015 s. 913

Rt. 2014 s. 801

HR-2016-1286-A

HR-2018-2204-A

Lagmannsretts- og forvaltningspraksis

SOM-2018-2278

LG-2018-35336

LB-2019-151206

LB-2019-53902

LH-2019-22061

Praksis fra EMD

Herczegfalvy mot Østerrike [J], no. 10533/83 [1992].

M.S. mot Kroatia (No. 2) [J], no. 75450/12 [2015].

Handyside mot Storbritannia [J], no. 5493/72 [1976].

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utg., Fagbokforlaget 2015

Kjønstad, Asbjørn, Syse, Aslak og Kjelland, Morten, *Velferdsrett I*, 6. utg. Gyldendal 2017.

Befring, Anne Kjersti, *Helse og omsorgsrett*, 1. utg., Cappelen Damm 2017.

Falkanger, Aage Thor, «Psykisk helsevern og tvangsmedisinering» *Lov og Rett*, 5 (2017) nr. 56 s. 257-258.

Graver, Hans Petter, «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten» *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 04-05 (2004) nr. 117

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, 1. utg., Cappelen Damm 2012.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004,

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, 1. utg., Universitetsforlaget 2018.

Syse, Aslak, Straume, Bjørn K. og Skogheim, Dag, *Rettsikkerhet og livskvalitet for utviklingshemmete: rettigheter, vern og kontroll som rettslige virkemidler*, 1. utg., Ad Notam Gyldendal 1995.

Syse, Aslak, «Tvang og frivillighet», i *Sentrale helserettslige emner*, Anne Kjersti Befring, Morten Kjelland og Aslak Syse (red.), Gyldendal 2016, s. 201-227.

Syse, Alsak, «Store endringer i psykisk helsevernloven» *Tidsskrift for psykisk helsearbeid* 2018, s. 236-243.

Østenstad, Bjørn Henning, «Det menneskerettslege vernet mot tvang: utviklingstrekk», i *Selvbestemmelse og tvang i helse- og omsorgstjenesten*, Bjørn Henning Østenstad, Caroline Adolphsen, Eva Naur og Henriette Sinding Aasen (red.), Fagbokforlaget 2018, s. 11-34.

Kilder fra internett

Åsebø, Synne, Norman, Mona Grivi og Amundsen, Ingeborg Huse «Lenket», *VG*, 12. mars 2016, <https://www.vg.no/spesial/2016/lenket/>, (sist sjekket 4. juni 2020).

Norges institusjon for menneskerettigheter, *Den europeiske menneskerettsdomstolen*,
<https://www.nhri.no/menneskerettighetene/den-europeiske-menneskerettighetsdomstolen/>
(sist sjekket 4. juni 2020).